

GERD BEINHARDT

Der öffentlich-rechtliche Vertrag
als Regelungsbefugnis
der öffentlichen Verwaltung
im deutschen,
französischen und spanischen Recht

1960



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der öffentlich-rechtliche Vertrag
als Regelungsbefugnis
der öffentlichen Verwaltung im deutschen,
französischen und spanischen Recht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

GERD BEINHARDT

1960



Referent: Staatsminister Professor Dr. TH. MAUNZ

Korreferent: Professor Dr. S. GRUNDMANN

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juli 1960

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Inhaltsverzeichnis	133
Literaturverzeichnis	137
Abkürzungsverzeichnis	149

Meinen Eltern

Einleitende Bemerkungen zur Rechtsvergleichung, insbesondere zur Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht

Nicht jede Disziplin befindet sich in der glücklichen Lage wie z. B. Physik, Chemie, Geographie ect., wo die Erkenntnisse der Wissenschaftler der einzelnen Nationen gleichermaßen zur Erarbeitung der Wissenschaft dienen. Eine russische, eine englische oder eine anderssprachige physikalische Fachzeitschrift bringt Beiträge zu einer Wissenschaft, die gewissermaßen über den Nationen steht.

Für die Rechtswissenschaft gilt dies jedoch nur in sehr beschränktem Maße. Nur auf den Gebieten, die sich nicht mit dem Rechtszustand auf einem innerstaatlichen Sektor befassen, wird die juristische Untersuchung in einem »übernationalen« Rahmen gepflogen (Rechtsphilosophie, Allgemeine Rechts- und Staatslehre, Völkerrecht). Wo aber die Darstellung der innerstaatlichen Rechtsordnung in Frage steht, beschränken sich rechtswissenschaftliche Untersuchungen regelmäßig und notwendigerweise auf die Behandlung dieser Materien. Eine staatliche Rechtsordnung beruht auf den Sitten und der Mentalität, auf kulturellen, wirtschaftlichen, geographischen und anderen Gegebenheiten eines Volkes, was zwischen einzelnen Kontinenten zu enorm unterschiedlichen, aber auch in unserer abendländischen Gemeinschaft zu erheblich differenzierten staatlichen Rechtszuständen geführt hat. In unserer Zeit sind nun aber die einzelnen Rechtsordnungen weniger denn je autonome Kreise, die sich überstürzende technische Entwicklung bringt eine immer mehr zunehmende internationale Verflechtung mit sich, die schon heute die Kenntnis manchen ausländischen Rechts unerlässlich macht (z. B. Verkehrsrecht.)

In diesem Zusammenhang gewinnt gerade die Rechtsvergleichung heute außerordentliche Bedeutung, die sich mit den Lösungen und Ergebnissen befaßt, die die sich nach ihrem tatsächlichen Inhalt entsprechenden gesellschaftlichen Vorgänge in den einzelnen Rechtsordnungen erfahren haben. Die Rechtsvergleichung schafft einmal den richtigen Abstand, der die richtige Erkenntnis von Problemen der eigenen Rechtsordnung ermöglicht, sie bringt aber oft auch die *lege ferenda* reichhaltige Anregungen, ist oft auch unerlässliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Gesetzgebung hinsichtlich übernationaler Gemeinschaften und sollte schließlich zu einer koordinierten Gesetzgebung führen, soweit dies nach Zeit und Raum erforderlich erscheint¹ (Vereinheitlichung des Rechts.)

¹ Dadurch ließe sich z. B. das eine oder andere — nachträglich dann doch noch notwendige — internationale Abkommen ersparen.

Im Gegensatz zum Zivilrecht, bei dem zumindest im Ausland schon einige umfassende rechtsvergleichende Darstellungen vorhanden sind², im Gegensatz weiter zum Verfassungsrecht steckt die verwaltungsrechtliche Rechtsvergleichung erst — oder sollte man sagen wieder?³ — in den Anfängen. Das ist selbstverständlich, denn das junge und unausgeformte Verwaltungsrecht ringt heute noch um die Erkenntnis existenzwichtiger Grundbegriffe (Öffentliches Recht, Verwaltungsakt), weiter bringt es zudem die Natur der Sache mit sich, daß in dem sich heftig fortentwickelnden, »dynamischen« Verwaltungsrecht die Erarbeitung solider Grundbegriffe erheblich schwieriger ist als im Zivilrecht. Trotz dieser Hindernisse kann jedoch auf eine Verwaltungsrechtsvergleichung heute weniger verzichtet werden denn je, denn in Zeiten überstaatlicher Zusammenschlüsse kann sich das Verwaltungsrecht eine Autarkie bedeutend weniger leisten als das Zivilrecht⁴.

Als besonders charakteristisch für die einzelnen Verwaltungsrechtssysteme zeigt sich daß die im wesentlichen gleichen Verwaltungshandlungen in den verschiedenen Ländern in höchst unterschiedlichen Formen wahrgenommen werden. Das führt dazu, daß die Verwaltungsrechtsvergleichung mehr als andere Rechtsvergleichung von der Verwaltungstätigkeit, nicht von der Form auszugehen hat. So läßt sich z. B. die Schadensverursachung durch Verwaltungsorgane in keinem Lande vermeiden; die Liquidierung dieses Schadens kann sich aber in den unterschiedlichsten Formen vollziehen: Öffentlich-rechtlich z. B. in Frankreich, öffentlich-rechtlich der Materie, nicht dem Rechtsweg nach in Deutschland, privatrechtlich in Holland, England⁵.

Das Gleiche gilt für die Vorgänge der Sachbeschaffung für Verwaltungszwecke, für die Leistung von Gütern auf Grund eines rechtlichen oder tatsächlichen Monopols und für die Interventionsmaßnahmen des Staates in dem Wirtschaftsbereich⁶. Doch wird sich eine solche Betrachtungsweise gerade im deutschen Verwaltungsrecht nicht ohne Schwierigkeit durchführen lassen, denn in Deutschland hat man im Anschluß an Otto Mayer vergessen, »die Verwaltung als Sacherfüllung bestimmter Zwecke zu begreifen«⁷ und beschränkt sich vor allem auf die formalen Elemente und beginnt erst seit kurzer Zeit wieder, das materielle (materiale) Wesen der Dinge wieder in den Vordergrund zu stellen⁸.

² Vgl. etwa R. David, *Traité élémentaire de Droit civil comparé* (Paris 1950)

³ Es sei erinnert an Montesquieu (*De l'esprit des lois*) und im Altertum schon an Aristoteles, der die Ordnungen von 158 Städten beschrieben hat, (von denen uns aber nur die Verfassung Athens überliefert ist); vgl. Möbus, *Die politischen Theorien von den Anfängen bis zu Machiavelli I*, S. 55, S. 127 ff.

⁴ Ein Beispiel hierfür bieten die Vereinigten Staaten, wo sich in einzelnen Staaten gewisse, auf die Kolonialzeit zurückgehende französische (Louisiana), spanische (Neu-Mexiko) und andere zivilrechtliche Rechtsprinzipien halten konnten, ganz im Gegensatz zu den in allen Staaten geltenden allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsprinzipien.

⁵ Eine anschauliche Schilderung solcher Unterschiede im Haftungsrecht vgl. z. B. Hamson, *RDP* 1956, S. 1055.

⁶ In diesem Sinne könnte man also das »Verwaltungsrecht« als variable, das »Recht der Verwaltung« als konstante Größe bezeichnen.

⁷ Scheuner, *VVDStRL* 14, S. 183

⁸ Vgl. etwa Maunz-Dürig, *Anm.* 134 ff. zu Art. 1/III GG, Bachof, *VVDStRL* 12, S. 39.

So wird sich auch in der vorliegenden Studie Rechtsvergleichung nicht immer und nicht ohne Schwierigkeiten durchführen lassen. Der spezielle Grund liegt darin, daß sich im deutschen Recht trotz der schon jahrzehntelangen Existenz des öffentlich-rechtlichen Vertrages⁹ in der Verwaltungspraxis in der Verwaltungswissenschaft noch keine — auch nur in Umrissen einheitliche — allgemeine Lehre über den verwaltungsrechtlichen Vertrag bilden konnte. So hat z. B. Walter Jellinek¹⁰ den öffentlich-rechtlichen Vertrag auf einer knappen Seite abgehandelt und die nicht ganz zwanzig Seiten umfassende Darstellung bei Forsthoff¹¹ bezeichnet Stern als »eine, gemessen an anderen Darstellungen, ausführliche Behandlung«¹².

Weiter vermochte keine der spärlichen, bis 1958 erschienenen Monographien¹³ die deutsche Verwaltungsrechtslehre entscheidend zu beeinflussen, wenn man einmal von der ungünstigen Wirkung absieht, die der früher erschienene Artikel Otto Mayers im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 3, S. 1 ff. ganz allgemein für Existenz und Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge hatte¹⁴.

Dem steht im französischen Recht eine zwar in Einzelfragen noch umstrittene und vor allem in letzter Zeit neue Ausprägung erfahrende, im Ganzen jedoch festgefügte und bis ins Detail gehende Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrags gegenüber, deren Bausteine der Conseil d'Etat in einer 150jährigen Entscheidungspraxis zusammengetragen hat und die ihre wissenschaftliche Fundierung durch das grundlegende dreibändige (!) Werk von Gaston Jèze¹⁵ erhielt, sowie durch die Habilitationsschrift G. Péquignot's¹⁶ und das weitere dreibändige Werk von de Laubadère¹⁷ aus dem Jahre 1956¹⁸.

Auch der *contrato administrativo* des spanischen Rechts hat, gemessen am Rechtszustand in Deutschland, eine stärkere Verbreitung auch in der Lehre erfahren,

⁹ Der streng genommen auch staats- und völkerrechtliche Verträge umfassende Begriff soll hier, einer allgemeinen Übung folgend, in dem eingeschränkten Sinn verwaltungsrechtlicher Verträge verstanden werden (vgl. Stern, S. 108, für das schweizerische Recht, Zwahlen, S. 465a).

¹⁰ Verwaltungsrecht, S. 253

¹¹ Verwaltungsrecht, S. 249 ff.

¹² Stern, S. 120

¹³ In neuester Zeit hat sich dagegen die deutschsprachige Verwaltungsrechtsliteratur auffallend häufig mit dem Thema des öffentlich-rechtlichen Vertrags beschäftigt; es sind vor allem die Werke zu nennen: M. Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag; J. Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags; K. Stern, Verw. Archiv, Bd. 49, S. 106—157 und derselbe in AöR, Bd. 54, S. 273; Rößler, Verwaltungspraxis 1956, S. 275 ff.; Barocka, Verw. Archiv, Bd. 51, S. 1 ff.

¹⁴ Dagegen wandte sich als erster entschieden W. Apelt mit seiner 1916 vorgelegten und 1920 in erweiterter Form veröffentlichten Habilitationsschrift »Der verwaltungsrechtliche Vertrag«.

¹⁵ Vgl. G. Jèze, *Théorie Générale des contrats de l'administration*, 3 Bände (1934—1936), (die die Bände IV, V und VI des umfassenderen Werkes »*Principes généraux du droit administratifs*« bilden).

¹⁶ G. Péquignot, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, derselbe im *Juriclasseur administratif* (1954), Hefte 500, 510, 511, 515.

¹⁷ André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, (1956).

¹⁸ Aus diesem Jahre stammt auch das für die Fortbildung des contrat administratif sehr wichtige arrêt Bertin, Conseil d'Etat in RDP 1957, S. 101 ff.; vgl. dazu die Stellungnahme von Waline, *Droit Administratif*, S. 500 und die nachfolgenden Ausführungen unten, S. 31.

wenngleich er nicht an das detaillierte System öffentlich-rechtlicher Verträge im französischen Recht heranreicht¹⁰.

Die vorstehende Studie wird sich in Teil I zuerst mit dem Zustand im französischen Recht befassen; daran wird sich in Teil II eine kurze Darstellung der spanischen Rechtslage anschließen. Bei der Schilderung des Rechtszustandes im deutschen Recht (Teil III) wird es sich nicht umgehen lassen, zu wesentlichen, noch teilweise ungelösten Problemen (Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Definition und Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge) eine eigene Stellungnahme zu entwickeln. Im Teil IV der Arbeit soll dann schließlich eine kurze rechtsvergleichende Betrachtung der Einordnung des öffentlich-rechtlichen Vertrags im deutschen, französischen und spanischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Definition dieses Vertrages versucht werden.

¹⁰ Vgl. etwa die Darstellung bei Gascon y Marin, *Tratado del derecho administrativo*, 2 Bde. oder Royo-Villanova, *Elementos de derecho administrativo*.

TEIL I

Der öffentlich-rechtliche Vertrag im französischen Recht

Im französischen Teil der Studie soll zuerst eine gesonderte Untersuchung des Begriffs »service public« vorangestellt werden. Dies erschien erforderlich, da dieses Institut ganz allgemein im französischen Verwaltungsrecht eine Bedeutung aufweist, die ohne weiteres der unseres Begriffes des VA.s gleichkommt und da im besonderen gerade hinsichtlich des öffentlich-rechtlichen Vertrags die Lehre vom service public eine wesentliche Ausprägung erfahren hat.

I. Unterabteilung — Service Public —

I. Die Stellung des service public¹ in der französischen Verwaltungsrechtsdogmatik in Vergangenheit und Gegenwart

Das Institut des service public hat seine entscheidende, noch heute maßgebende Bedeutung durch ein Urteil des Tribunal des Conflits aus dem Jahre 1873 erhalten². Vor diesem Zeitpunkt war im französischen Verwaltungsrecht eine Supremationstheorie vorherrschend, wie sie im deutschen Recht weitgehend durch Otto Mayer dargelegt wurde³. Der Staat erfüllte danach seine öffentlichen Aufgaben durch öffentlich-rechtliche Hoheitsakte⁴ auf Grund seiner Hoheitsstellung.

Nur im Rahmen seiner Vermögensverwaltung handelte der Staat gleich einem Privatrechtssubjekt; hier trat er nicht als ein dem Staatsbürger übergeordneter Hoheitsträger auf, sondern auf der Ebene der Gleichberechtigung und in den Handlungsformen des Privatrechts (actes de gestion)⁵.

Das arrêt Blanco aus dem Jahre 1873 legte nun den Grundstein zu einer Entwicklung, die zur Überwindung dieser Ansicht führte. Die Entscheidung⁶ stellte bei der Untersuchung nach den Arten staatlicher Tätigkeiten nicht mehr so sehr auf den

¹ Auf eine Übersetzung des Begriffes soll verzichtet werden; Imbodin wählt den Ausdruck »öffentliche Dienste«; da dieser Begriff jedoch im deutschen Recht zu stark an das öffentliche Dienstrecht angelehnt ist, ist er für eine solche Übersetzung zu »vorbelastet«. Es wird sich aus den nachfolgenden Darlegungen ergeben, daß die Gesamtheit der services publics im deutschen Recht nur mit einer Umschreibung wiederzugeben ist.

² arrêt Blanco, Sirey 1873/3/153 (David)

³ actes d'autorité, actes de puissance publique

⁴ einen Hinweis auf die Zusammenhänge vgl. VVDStRL. Band 14, S. 182.

⁵ Wesentlichste Vertreter: Bérthelémy, Droit administratif, S. 1088; ders. in Mélanges Hauriou, S. 817; Laferrière, Traité de la Jurisdiction administrative I, S. 8; Rechtsausführungen des Commissaire du gouvernement Aucoc in Dalloz 1869/3/74.

⁶ Es handelte sich um die Schadensersatzklage eines Kindes gegen den Staat, da es durch die Arbeiter einer staatlichen Tabakwarenfabrik schwer verletzt worden war.

Begriff der *puissance publique* ab, sondern auf den *service public*. Sie kam zu dem Schluß, daß die Tabakwarenherstellung eine öffentliche Tätigkeit des Staates sei (*service public*) und daß daher formell mangels spezieller gesetzlicher Bestimmung der Verwaltungsrechtsweg gegeben sei, materiell die Regeln des Verwaltungsrechts zur Anwendung kämen⁷. Diese, durch einige weitere Entscheidungen des CE Ende des 19. Jahrhunderts fortgeführte Entwicklung hatte zur Folge, daß bei der Frage nach öffentlich-rechtlicher staatlicher Bestätigung weniger auf Zeichen einer staatlichen Hoheitsmacht abgestellt wurde, sondern darauf, ob der Staat als *service public*, also zur Befriedigung von Interessen und Bedürfnissen der Allgemeinheit handelte. In der Rechtslehre führte dies zur Entwicklung der sog. »*école du service public*«. Nach den Vertretern dieser Ansicht⁸ wird der Staat zur Erfüllung seiner *services publics* ausschließlich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts tätig; die *école du service public* setzt die im Interesse der Allgemeinheit durchgeführte staatliche Tätigkeit gleich mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit; *service public* und *droit administratif* sind nach ihr zwei Begriffe, die sich gänzlich decken.

Sollte jedoch dem *service public* im Anschluß an das *arrêt Blanco* eine wesentliche Bedeutung im französischen Verwaltungsrecht beschieden sein, so konnte sich doch die Deutung dieses Begriffes, die ihm die *école du service public* gab, nicht durchsetzen. Das wird nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, daß die *école du service public*, obwohl sie auf frappierend simple Weise der ewig schwierigen Unterscheidung des öffentlichen vom privaten Recht ein Ende zu bereiten schien, immer weniger der Verwaltungspraxis Rechnung trug. In der liberalistischen Zeit des 19. Jahrhunderts war der Staat noch vorwiegend Eingriffsstaat; intervenierte er im öffentlichen Interesse, so machte er im Regelfalle auch von seinen Hoheitsmitteln Gebrauch bzw. umgekehrt. Das Heraufkommen und die Zunahme der Sozial- und Wirtschaftsfunktionen nötigten den Staat aber immer mehr, Handlungsformen zu verwenden, die man nicht schon auf Grund der bloßen Tatsache, daß sie im öffentlichen Interesse ergriffen wurden, dem öffentlichen Recht zuordnen konnte. —

In der Rspr. fand die *école du service public* vor allem eine erhebliche Modifizierung in einem *arrêt* des CE⁹, das zwar der vom *arrêt Blanco* gewiesenen Richtung folgte, dogmatisch aber mit den klassischen Rechtsausführungen des damaligen *commissaire du gouvernement Romieu* Wesentliches dem Inhalt des *arrêt Blanco* hinzufügte. Wegen seiner Bedeutung für die nachfolgende Lehre zum *service public* verdient aus diesen »*conclusions*« Romieus aaO. folgendes festgehalten zu werden:

1. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Verwaltungsgerichten und Zivilgerichten und infolgedessen (!)¹⁰ die Anwendung öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher

⁷ Vgl. hierzu auch Imboden, S. 18

⁸ Vgl. im wesentlichen Jèze, *Principes* II, S. 2 und S. 81 und ders. in RDP 1914, S. 145; Duguit, *Traité du Droit constitutionnel* III, S. 43.

⁹ *arrêt Terrier*, S. 1903/3/25 (Romieu)

¹⁰ über den der damaligen Lehre eigentümlichen Schluß aus der formellen Zuständigkeit auf die Anwendung (materieller) Normen vgl. auch Imboden, S. 18.

Rechtsnormen hängt davon ab, ob der Staat im Rahmen eines service public tätig geworden ist oder nicht. Handelt der Staat im öffentlichen Interesse (service public), so ist in der Regel der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Anderenfalls ist Privatrecht anzuwenden, denn die bloße Tätigkeit des Staates mit Erwerbsstreben kann die Anwendung des öffentlichen Rechts nicht rechtfertigen.

2. Handelt der Staat im Rahmen eines service public, so hat er gewöhnlich das *Wahlrecht* zwischen Rechtsformen des öffentlichen und des privaten Rechts. Regelmäßig wird der Staat den service public mit typischen, dem öffentlichen Recht entspringenden Rechtsformen durchführen; er kann aber auch Privatrechtsformen verwenden¹¹. In diesem letzteren Falle betreibt der Staat dann öffentliche Verwaltung (d. i. service public) mit privatrechtlichen Mitteln, was die Zuständigkeit der Zivilgerichte und die Anwendung privaten Rechts zur Folge hatte.

Dieses Wahlrecht wurde durch eine weitere Grundsatzentscheidung des CE ausdrücklich bestätigt¹².

Die Stellung der Rechtslehre zu dieser Ansicht Romieus.

In der Rechtslehre war man in Anlehnung an die école du service public gewohnt, die Begriffe service public und droit administratif gleichzusetzen. Nun aber führte die vom CE dem Staat zugestandene Möglichkeit, seine öffentlichen Aufgaben auch mit Mitteln des Privatrechts wahrzunehmen, zu einer »Einbruchstelle des Privatrechts« in ursprünglich für öffentlich-rechtlich gehaltene Rechtsbereiche¹³; dies führte in der Literatur zu verschiedenen Reaktionen:

a) Einmal wurde der Wert des service public für das aktuelle Verwaltungsrecht überhaupt in Zweifel gezogen, da dieser Begriff in der Vielfalt der gegenwärtigen Verwaltungsformen nicht mehr Verwendung finden könne¹⁴. De Laubadère weist demgegenüber nach¹⁵, daß gerade im heutigen vielgestaltigen Verwaltungsleben der Zentralbegriff des service public seine Bedeutung für das französische Verwaltungsrecht beibehält, wie sie ihm denn auch in der höchststrichterlichen Rspr. gerade in den vergangenen Jahren wieder zu Teil geworden sei¹⁶.

b) Die auch heute noch die Daseinsberechtigung des service public behandelnden Stimmen lassen sich im wesentlichen in zwei große Gruppen einteilen:

¹¹ Romieu aaO, S. 28: »Contrats de droit commun, d'un type nettement déterminés par le Code Civil (location d'un immeuble p. ex.)«.

¹² CE, 1912, S. 909 (Société des granits des Voges mit Rechtsausführungen des damaligen commissaire du gouvernement Léon Blum).

¹³ De Laubadère, D. A. spricht von »pénétration du droit privé dans les services publics« (S. 47).

¹⁴ Für eine völlige Ausmerzung des Begriffes service public Couzinet in dem Vorwort zu der thèse von de Corail: »La crise de la notion juridique de service public«; ablehnend auch Morange: »Le déclin de la notion de service public« und Waline »Vicissitudes récentes de la notion de service public« und ders. in Anm. zum Urteil Naliato RDP 1955, S. 720. Eine gute Zusammenstellung über die Krise des service public bringt Schnur, AöR. Bd. 79, S. 418 ff.; vgl. ebenda Kutsch — von Krakewitz: »Übernahme des Begriffs service public ins deutsche Recht?« (S. 431 ff.)

¹⁵ D. A., S. 544 f.

¹⁶ Vgl. z. B. arrêt Bertin, RDP 1957, S. 101 ff.

1. Die Vertreter der sog. engen Definition des service public. Nach ihnen verdient nur diejenige, im Interesse der Öffentlichkeit wahrgenommene Tätigkeit des Staates, die Bezeichnung service public, die der Staat in den Formen des öffentlichen Rechts durchführt. Öffentliches Recht wird dabei als die Gesamtheit der »nichtprivatrechts-gleichen«, öffentlichen Körperschaften zugeordneten Sonderrechtsnormen verstanden¹⁷.

2. Die h. L.¹⁸ vertritt demgegenüber eine sog. weite Definition¹⁹ des service public. Sie betrachtet in Übereinstimmung mit den in den arrêts Blanco, Terrier u. a. niedergelegten Grundsätzen auch heute noch die gesamte, für die öffentliche Interessen- und Bedürfnisbefriedigung wahrgenommene Tätigkeit des Staates als service public. Zusammen mit dem von Romieu aufgestellten Wahlrecht bedeutet dies, daß, wie es Jèze aaO. ausdrückt, service public »synonyme de satisfaction d'un besoin d'intérêt général« ist und daß infolgedessen zwar jede öffentlich-rechtliche Tätigkeit service public ist, daß aber umgekehrt nicht jeder service public notwendigerweise schon öffentlich-rechtlich ist. Der Begriff service public ist der weitere, der sowohl das ganze öffentliche Recht²⁰ umfaßt, darüber hinaus aber auch noch Platz für privatrechtliche Rechtsformen bietet.

Eigene Stellungnahme: Nur die weitere Definition ist für das Verwaltungsrecht zweckmäßig und nützlich. Nach der engen Definition kann auf einen service public erst bei Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Materie geschlossen werden. Der eng verstandene Begriff service public wäre also z. B. für die Bestimmung des öffentlichen Rechts völlig unbrauchbar (circulus vitiosus) und auch eine andere nutzbringende Verwendung wäre nicht ersichtlich. Die weite Definition hat dagegen auch heute noch im Verwaltungsrecht beachtlichen Wert. Sie schafft zwar keine zwingende, wohl aber eine widerlegbare Vermutung für das Vorliegen öffentlichen Rechts, denn normalerweise betreibt der Staat seine im Interesse der Allgemeinheit wahrgenommene Tätigkeit in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts und nur ausnahmsweise in denen des Privatrechts. Außerdem bestehen auch heute noch für alle öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen services publics gewisse öffentlich-

¹⁷ Chenot in den Rechtsausführungen zum Urteil des CE im Falle Radio Atlantique (RDP 1948, S. 248): Service public sei eine »... mission d'intérêt général exercée dans des conditions exorbitantes du droit commun sous l'autorité ou le contrôle d'une collectivité publique«. Der gleiche Autor zu diesem Problem auch in »Organisation économique de l'Etat«, S. 78. In ähnlichem Sinne auch Jèze in seinen Principes généraux II, S. 7, wo er ausführt, daß gewisse services publics (s. p. industriels) die Bezeichnung service public nur verdienen, wenn sie der Staat einer Sonderrechtsordnung, d. h. einer öffentlich-rechtlichen Rechtsordnung (»régime spécial de droit public«) unterworfen hat.

¹⁸ Vgl. insbes. de Laubadère, D.A. S. 540 ff.

¹⁹ Die enge und die weite Definition des service public werden klar aufgeführt in dem Vocabulaire juridique von H. Capitant (1931): »Service public au sens large: Entreprise gérée par une administration publique ou placée sous sa direction destinée à donner satisfaction à des besoins collectifs du public. — au sens étroit: Régime juridique spécial impliquant pour l'Administration une série de prérogatives et de pouvoirs exorbitants de droit commun (en vue de rendre plus facile la gestion continue et régulière des entreprises publiques).«

²⁰ öffentliches Recht und droit administratif werden synonym verwand.

rechtlichen Grundprinzipien²¹, die erst in letzter Zeit durch Entscheidungen des CE wieder erneute Bestätigung erfuhren²².

Die extensive Definition des *service public*.

De Laubadère²³ definiert den *service public* als »*toute activité exercée par une collectivité publique en vue de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général.*«

Dazu ist im einzelnen folgendes zu bemerken:

1. Es muß sich um die Tätigkeit eines Organs handeln, das darauf ausgerichtet ist, Interessen der Öffentlichkeit zu befriedigen. Ob dieses Organ Rechtsfähigkeit hat oder nicht, ist gleichgültig; ebenso kommt es heute im Gegensatz zu früher nicht mehr darauf an, ob es sich um eine Person des öffentlichen oder des privaten Rechts handelt²⁵. Am häufigsten führen der Staat und die Gemeinden den *service public* selbst durch, oft werden auch einer mehr oder weniger stark ausgeprägten Kontrolle unterliegende öffentlich-rechtliche Körperschaften (*établissements publics*) mit seiner Durchführung betraut, ausnahmsweise wird die Ausübung der *services publics* auch Privatpersonen übertragen²⁶.

2. Die Tätigkeit des Organs muß im Interesse der Allgemeinheit und nicht nur im bloßen Eigeninteresse erfolgen. Die mit bloßem Erwerbsstreben durchgeführte Tätigkeit reicht dabei grundsätzlich nicht aus für die Annahme eines *service public* — auch dann nicht, wenn der so erzielte Gewinn seinerseits zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben verwendet werden soll; im übrigen bleiben nach der h. L. die im Interesse der Öffentlichkeit wahrgenommenen Tätigkeiten abänderbar und bilden keinen abgeschlossenen Bereich; jede Funktion der Privatwirtschaft kann unter gewissen Umständen zu einem *service public* werden²⁷.

Streng von der Frage, ob der Staat eine Tätigkeit im Interesse der Allgemeinheit erfüllt, ist die weitere Frage zu trennen, ob er zu einer solchen Tätigkeit überhaupt berechtigt ist; darauf soll im nachfolgenden Kapitel über die Organisation der *services publics* eingegangen werden.

²¹ Gleichheit der Benutzer, Kontinuität ect; darauf hat erst kürzlich wieder Radux hingewiesen in JC 1958 II, 10418

²² z. B. CE in JCP 1951, 6075 (Agid)

²³ D. A. S. 35; vgl. auch Schnur, AOR 79, S. 431 ff. Eingehend nun auch Laubadère (S. 71 ff) und Charlier (S. 118 ff.) in *Etudes de Droit contemporain* (1959).

²⁴ Zu dieser Ansicht vgl. auch Long in D. 1956, S. 681, Blaevoet in D. 1958, S. 412 und *Encyclopédie Juridique* von Dalloz (II) unter *service public* Anm. 10, S. 868 (1959).

²⁵ Nach der früher vertretenen »Organ«-theorie (vgl. heute noch Rolland, *Précis de D. A.*, S. 16) war nur die Tätigkeit *service public*, die direkt oder mittelbar von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts wahrgenommen wurde. Mit Urteil vom 13. 5. 1938 hat der CE, D. 1939, 3, 65 (Latournerie, Anm. von Pepy) klar ausgeführt, daß für den Begriff des *service public* nur auf die ausgeführte Tätigkeit abzustellen sei; so schon vorher Duguit, *Traité* II, S. 55; Jèze, *Principes* II, S. 9 (materielle Theorie.)

²⁶ Tardieu zum *arrêt Winkell* vom 8. 8. 1909: »Les services publics ont pour but de donner aux habitants la satisfaction de besoins généraux auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction incomplète et intermittente.«

²⁷ Früher war dies keineswegs unbestritten; nach einer weitverbreiteten Auffassung sollten die dem *service public* unterfallenden Aufgaben einen fest umrissenen, unabänderlichen Bereich bilden (sog. *théorie du service public par nature*). Zu einer solchen Auffassung kamen einige Vertreter, weil sie

3. Hier sei noch angefügt, daß es nicht genügt für die Annahme eines service public, wenn der Staat eine Tätigkeit wahrnimmt, die objektiv im Interesse der Allgemeinheit liegt, sondern der Staat muß auch gerade subjektiv die Absicht gehabt haben, eine solche Betätigung zum Nutzen der Allgemeinheit zu verfolgen; dies ist z. B. nicht der Fall, wenn der Staat eine Fabrik verstaatlicht, weil er dadurch den früheren Eigentümer treffen will (so für die Verstaatlichung der Renaultwerke Waline, D. A., S. 316²⁹).

II. Die Grenzen der Zulässigkeit der Einrichtung von services publics.

1. Die allgemeinen Grundsätze bis zum Inkrafttreten der Verfassung der V. Republik.

Zur Begründung des Prinzips der Berufsfreiheit, hauptsächlich der Freiheit von Handel und Industrie, stützt sich das französische Recht heute noch auf ein Gesetz aus der Zeit Ludwigs XVI, nämlich auf das Gesetz vom 2.—17. März 1791. Auf Grund der unmittelbaren, bzw. mittelbaren Auswirkungen auf die Privatwirtschaft leitet die französische Lehre, insbesondere auch der CE²⁹ aus diesem Gesetz den allgemeinen, (durch gleich noch näher darzulegende Ausnahmen unterbrochenen) Grundsatz her, daß ein service public nur durch Gesetz begründet werden kann.

a) Hinsichtlich der Begründung von staatlichen services publics hat dieser Grundsatz seinen Niederschlag gefunden in den Gesetzen vom 13. Juli 1905³⁰ und vom 31. Juli 1937 (Dekret-Gesetz). Abgesehen von Ausnahmefällen (Kriegszeiten) kann danach ein solcher service public nur durch Gesetz geschaffen werden.

der Verwaltung gewisse Aufgabenbereiche ein für allemal reservieren wollten, weitere Vertreter dieser Ansicht verfolgten gerade das gegenteilige Ziel und wollten — als Anhänger einer nicht-interventionistischen Wirtschaftspolitik — den Staat auf diese Weise von einer Einmischung in die Angelegenheiten der Privatwirtschaft ausschließen. So wurde einmal eine Aufgabe als service public par nature angesehen, wenn sie den Staat als »gardien de l'ordre public«, als Garanten der öffentlichen (Sicherheit) Ordnung betraf (Tribunal des Conflits in S. 1924. S. 37, Abt. 3 mit Ausführungen von Matter), ein anderesmal verweigerte der CE dem Staat die Möglichkeit, ein Theater zu betreiben, da es sich hier um eine ausschließlich den Privatpersonen reservierte Betätigung handele (S. 1916/3/49 mit Anm. von Hauriou; vgl. auch die spätere, entgegengesetzt lautende Entscheidung des CE vom 27. 7. 1923). Es fällt auf, daß es sich hier um eine frühe Parallele zu dem in letzter Zeit in Deutschland aktuell gewordenen Problem der »Daseinsvorsorge« und des Subsidiaritätsprinzips handelt. Forsthoff, z. B., der erste und konstante Verfechter eines streng umrissenen Bereichs daseinsvorsorgerischer Staatsfunktionen kommt in seiner letzten Abhandlung (»Rechtsprobleme der leistenden Verwaltung«) zu einer mehr oder minder ausdrücklichen Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips. (Vgl. dazu im einzelnen Schick, S. 191 ff.)

²⁹ Waline: »Je me refuse à voir dans la Régie Renault un service public. C'est à mon avis une gestion domaniale. Elle n'est pas déterminée par le souci d'une meilleure fabrication, ni d'une fabrication orientée vers un intérêt national, par exemple, vers des fabrications de guerre, elle l'est par le souci de rapporter des bénéfices à l'Etat«, und ein weiteres Argument: »Les usines Renault ont été nationalisées pour satisfaire une revendication ouvrière et sous prétexte de sanctionner une trahison . . .«

³⁰ CE, 1936, S. 292; 1952, S. 143.

³¹ Vgl. z. B. Art. 206: établissements publics »ne peuvent être créés que par la loi que détermine leur objet, les principes de leur fonctionnement . . .«

b) Für die Gebietskörperschaften (Gemeinde, Department) gilt der Grundsatz der Bindung an eine gesetzliche Grundlage bei der Errichtung eines service public nur in beschränktem Maße. Das Gesetz zur Organisation der Departemente vom 18. 8. 1871 zählt einige service publics auf und berechtigt dann das Departement zur Wahrnehmung aller weiteren, im Interesse des Departements liegenden services. Das Gesetz vom 5. 4. 1884 zur Organisation der Gemeinden stellt schließlich in Art. 61 schlicht fest: »Le conseil municipal règle, par ses délibérations, les affaires de la commune.« Diese Aufgaben sind den Gemeinden teils durch Einzelgesetze zugewiesen, teils nimmt jedoch die Gemeinde ihre Aufgaben weitgehend auf freiwilliger Basis wahr. Sie ist dann nach einer sehr elastisch gefaßten Entscheidung des CE zur Errichtung von services publics berechtigt, »wenn das öffentliche Interesse auf Grund der besonderen zeitlichen und örtlichen Umstände das gemeindliche Tätigwerden rechtfertigt³¹«.

Dies ist im einzelnen vor allem der Fall,

aa) wenn die Gemeinde hinsichtlich der Errichtung des service public eine Monopolstellung innehat (Straßenbahnschienen, Wasserleitungen, Gasrohre, Stromleitungen können nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers, also i. d. R. der Gemeinde verlegt werden.)

bb) Wenn die Gemeinde mit der Errichtung einen spezifisch »polizeilichen« Zweck verfolgt (z. B. Gesundheitspolizei: Schaffung städtischer Duschen oder Waschräume.)

cc) Im übrigen rechtfertigten zeitliche und örtliche Umstände im Sinne der o. a. Entscheidung die Errichtung des service public immer, wenn durch die Privatinitiative die entsprechende Tätigkeit entweder überhaupt nicht, oder ungenügend, oder schlecht wahrgenommen wird³². Hat die Gemeinde in einer solchen Lage eine Einrichtung erstellt und ist die Situation dann wieder normal geworden (Zuzug eines Arztes an einem Ort, der vorher ohne Arzt war), so darf die Gemeinde die Einrichtung solange weiterführen, bis sie sich amortisiert hat.

2. Der Einfluß der Verfassung der V. Republik auf diesen Rechtszustand

a) Allgemeines. Im Gegensatz zum früheren Rechtszustand hat die neue Verfassung das Prinzip der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Parlament und Exekutive ins französische Verfassungsrecht eingeführt. Die Volksvertretung hat nach der neuen Verfassung nur noch das Recht, normative Regelungen über die Materien zu treffen, die in Art. 34 der neuen Verfassung angeführt sind. Dabei ist allerdings hinzuzufügen, daß der letzte Absatz dieses Art. 34 der Volksvertretung die Möglichkeit einräumt, jede weitere, in Art. 34 nicht angeführte Materie durch »Organ-gesetz« ihrer Gesetzgebungszuständigkeit zu unterwerfen. In allen

³¹ »... en raison des circonstances particulières de temps et de lieu un intérêt justifie l'intervention.«

³² Z. B. Errichtung eines städtischen Theaters; sogar: Gründung einer städtischen Metzgerei, um die Preise auf dem Normalstand zu halten: CE, S. 1934,3,105 m. Anm. v. Mestre.

übrigen Fällen ist somit nun die Exekutive befugt, die normativen Bestimmungen zu erlassen (»actes réglementaires«.)³³

b) Die Anwendung dieser Grundsätze auf den service public. In Art. 34 der neuen Verfassung befindet sich keine ausdrückliche Bestimmung, die die Gründung von services publics von einem Gesetz abhängig macht. Es findet sich aber gleich am Anfang dieses Artikels ein Satz, der dem Parlament die Gesetzgebungszuständigkeit über die Materien vorbehält, die gewisse grundsätzliche Rechtspositionen des Staatsbürgers betreffen³⁴. Im Zusammenhang mit dem o. a. Gesetz vom 2.— 17. März leitet de Laubadère³⁵ daraus folgende Grundsätze ab:

aa) Grundsätzlich kann nicht mehr daran festgehalten werden, daß zur Gründung eines service public eine gesetzliche Grundlage erforderlich sei.

bb) Trotzdem bedürfe auch weiterhin die Einrichtung derjenigen services publics, die geeignet seien, den Lauf der Privatwirtschaft zu beeinflussen, einer gesetzlichen Grundlage. (Vgl. hierzu die obige Anm.)

cc) Die Schaffung eines service public, durch den ein Monopol errichtet wird, könne nur durch Gesetz erfolgen³⁶.

III. Die Einteilung der services publics nach den wahrzunehmenden Funktionen.

Es wurde in Teil I dargelegt, daß der Begriff service public in Frankreich die gesamte, im Interesse der Öffentlichkeit wahrgenommene staatliche Tätigkeit umfaßt. Für eine systematische Einteilung dieser umfangreichen Betätigungen bieten sich verschiedene Anhaltspunkte an; es wäre möglich, die einzelnen services publics nach dem Grade ihrer Zentralisation zu unterteilen (z. B. staatliche, gemeindliche, von Privaten durchgeführte services publics), weiter könnte man darauf abstellen, ob die Gründung des service public vom Gesetzgeber oder von der Verwaltungsbehörde ausgeht, etc. Es hat sich als zweckmäßig erwiesen, die services publics und damit das gesamte öffentliche Tätigkeitsfeld der Verwaltung in gewisse, gleich noch näher darzulegende Funktionsbereiche einzuteilen und dabei gleichzeitig die Rechtsformen der jeweiligen service public-Träger zu untersuchen.

³³ Materiell handelt es sich um die gleichen, mit genereller Rechtswirkung ausgestatteten Akte, die auch die Volksvertretung erläßt; der Unterschied loi — acte réglementaire ist nur ein formeller (Gesetz — gesetzvertretende VO.). Im bisherigen Verfassungsrecht besaß die französische Verwaltung nur eine sehr beschränkte normative Regelungsbefugnis auf dem Gebiete des Polizeirechts (police de l'ordre public) und des Organisationsrechts (organisation intérieure des administrations et des services publics). (Die Eigenständigkeit der Verwaltung ist durch die neue Verfassung somit beträchtlich erhöht worden.)

³⁴ »... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés politiques.«

³⁵ ... de Laubadère, Cours des Grands Services Publics et Entreprises Nationalisées, S. 97 f.: »On peut soutenir que la création des services publics dont l'activité est de nature à concurrencer des activités privées, notamment des activités commerciales et industrielles, touche par là même aux règles contenues dans la loi des 2-17 mars 1791 relative à la liberté du commerce et de l'industrie, que par ailleurs cette loi, concernant l'exercice des libertés publiques, concerne une 'matière législative' et que, par conséquent la création de tels services publics continue de relever de la loi formelle.«

³⁶ Zur Verfassung der V. Republik im allgemeinen vgl. jetzt den Aufsatz von Echterhölter in AöR. Bd. 54, S. 330 ff.

1. Die services publics administratifs

a) Begriff. Es handelt sich hier um die Verwaltungstätigkeit des Staates im herkömmlichen Sinn: Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit im Innern des Staates (»Polizei« im weitesten Sinne des Wortes) und nach außen (Heer), das öffentliche Unterrichtswesen etc., also um die klassischen Aufgaben der Verwaltung, wie sie schon vom 19. Jahrhundert her bekannt waren. Es ist bezeichnend, daß es nie gelungen, noch von namhaften Verwaltungsrechtslehrern versucht worden ist, den Bereich dieser Tätigkeit durch eine positive Definition genau abzugrenzen³⁷. Ganz allgemein beschränkt sich die französische Lehre darauf, die services publics administratifs negativ zu definieren (services publics administratifs sind alle diejenigen Betätigungen des Staates, die nicht einer anderen, besonderen³⁸ Kategorie von services publics unterfallen³⁹.)

b) Die Ausführung der services administratifs ist dem Staate und den weiteren öffentlich-rechtlichen Körperschaften vorbehalten. Eine Übertragung dieser Aufgaben auf Privatpersonen ist i. d. R. nicht möglich. So wollte einmal eine Gemeinde ihre Aufgaben als Feldpolizei⁴⁰ auf einige Privatpersonen übertragen. Der CE lehnte diese Möglichkeit der Aufgabenübertragung ab⁴¹.

c) Rechtlich treten die services publics administratifs grundsätzlich als Hoheitspersonen auf. So bestreitet niemand, daß ein Polizeibefehl hoheitlichen Charakter trägt; soweit die Verwaltung im Rahmen der services publics administratifs tätig wird, erfolgt dies auf Grund von durch öffentlich-rechtliche Rechtssätze geregelten Rechtsverhältnissen (Satzungen, Statuten etc.). Platz für eine andere als hoheitliche Betätigung bleibt für die Verwaltung im Rahmen der services publics administratifs nicht.

2. Die services publics industriels et commerciaux

Im 19. Jahrhundert ließen sich die verschiedenen Funktionen des service public ziemlich zwanglos unter eine große Gruppe bringen; es handelte sich im wesentlichen um Betätigungen, die wir eben als klassische Aufgaben der Verwaltung kennzeichneten. Daran änderte sich zuerst auch nichts, als der Staat gegen Ende des vorigen Jahrhunderts gewaltige neue Aufgaben übernahm (Post, Eisenbahn, Straßenbeleuchtung etc.), denn dadurch, daß diese Betriebe als Monopole geführt wurden, oder zumindest an eine Monopolstellung gekoppelt waren, (Gemeinde als Wegeigentümerin), unterschied sich diese neue Tätigkeit klar von Einrichtungen der

³⁷ Z. B. CE, S. 1932,3,101: »Services publics proprement administratifs.«

³⁸ Das sind die services publics commerciaux et industriels, die service publics à structure corporative und die services publics sociaux.

³⁹ Z. B. de Laubadère, D. A. Nr. 1153, 1075 und Co. I, S. 229.

⁴⁰ »police rurale«.

⁴¹ CE, D. 1932,3,26, im gleichen Sinne kürzlich CE im Falle Amandruz, Urteil vom 23. 5. 1958.

Privatwirtschaft. In der wirtschaftsliberalen Zeit der Jahrhundertwende war es noch möglich, die im öffentlichen Interesse wahrgenommene Tätigkeit des Staates an den Begriff der *puissance publique* zu koppeln (Staat als Hoheitsträger). Die im und nach dem ersten Weltkrieg auftretenden Bedürfnissteigerungen und Bedürfnisänderungen, die Verpflichtung des Staates, den in den Krisenzeiten auftretenden Mangelsituationen zu steuern, kurz, die schlagartig anschwellende Zunahme der Verwaltungsfunktionen zusammen mit den sich ändernden wirtschaftstheoretischen Ansichten führten nun dazu, daß der Staat das mehr oder weniger wohlgeordnete System hergebrachter Verwaltungsformen sprengte und neue Probleme mit neuen Mitteln zu lösen versuchte. Diese Entwicklung brachte die Verwaltungslehre zu dem Ergebnis, die neue, sich hauptsächlich auf direkte und indirekte wirtschaftsinterventionistische Maßnahmen beschränkende Verwaltungstätigkeit von den hergebrachten Funktionen der (klassischen) Verwaltung zu trennen⁴². Obwohl den dabei auftretenden Problemen maßgebende Dissertationen und weitere Studien im französischen Verwaltungsrecht gewidmet wurden⁴³, ist eine klare Trennung dieser *services publics industriels et commerciaux* von der klassischen Verwaltungstätigkeit lange Jahre hindurch nicht gelungen und erst seit 1956 scheint eine Abgrenzung des CE einen Weg zu weisen, der einigermaßen Aussicht haben dürfte, Abgrenzungskriterien zu liefern, denen sich die völlig zersplitterte Verwaltungsrechtslehre⁴⁴ anschließen wird. In den unter Anm. 43 auf dieser Seite angeführten Werken wurden als Unterscheidungskriterien vorgeschlagen die Eigenart der ausgeübten Tätigkeit⁴⁵, die Gewinnerzielungsabsicht⁴⁶, die Zuordnung des *service public* zum öffentlich-rechtlichen oder zum privatrechtlichen Rechtssystem⁴⁷, die Frage, ob es sich um Akte eines Kaufmanns⁴⁸ handelt (*actes de commerce*, Art. 632, 633 *code de commerce*). Die Entscheidung des CE von 1956⁴⁹, die im wesentlichen den Ausführungen Charliers aaO. folgt, stellt im Gegensatz zu all den angeführten Meinungen auf zwei Kriterien ab, auf ein objektives und auf ein subjektives. Damit eine im Interesse

⁴² Vgl. hierzu auch das zusammenhängende Zitat auf S. 102, Anm. 259.

⁴³ P. Laroque, *Les usagers des services publics industriels*, Diss. (Paris, 1933); C. Chavanon, *Essai sur la notion et le régime juridique des services publics industriels et commerciaux*, Diss. (Bordeaux 1939); Charlier, *La notion juridique de service public industriel ou commercial* in *Jurisclassateur Public*, 1955/I/S. 1210; Rossillon, *Les entreprises publiques et la notion de service public industriel ou commercial*, in *«Actualité juridique»* vom 20. Juli 1956.

⁴⁴ Bezeichnend in dieser Hinsicht die Ausführungen des C. d. G. Laurent zu der Tatsache, daß jeder Vertreter der verschiedenen Meinungen seine Ansicht mit einer Entscheidung des CE zu belegen versucht: »Si chacun a cru pouvoir trouver dans vos décisions ou dans celles du Tribunal des Conflits une confirmation de sa thèse et la condamnation d'autres propositions, c'est que la jurisprudence en la matière écarte tout esprit de système et témoigne d'un souci particulier des nuances.«

⁴⁵ So in einigen Entscheidungen das Tribunal des Conflits.

⁴⁶ Vgl. z. B. CE, 30. Juni 1950, S. 409.

⁴⁷ So der CE in einer ständig wiederkehrenden Formulierung: »Considérant que l'Etat, lorsqu'il assume la gestion d'un service public qui par sa nature a le caractère d'un service public industriel ou commercial, se trouve vis à vis des usagers dans la même situation qu'un industriel ordinaire, à moins que des clauses spéciales ou les conditions particulières de fonctionnement du service ne donnent aux accords individuels passés avec lesdits usagers le caractère de véritables contrats administratifs.«

⁴⁸ Chavanon a. a. O.

⁴⁹ Vgl. D. 1957, S. 278 ff. (m. Anm. von de Laubadère).

der Öffentlichkeit wahrgenommene Tätigkeit des Staates den Charakter eines *service public industriel et commercial* aufweist, muß sie

1. Handlungen der Privatwirtschaft betreffen, also im wesentlichen auf die Herstellung oder den Austausch von Gütern⁵⁰ gerichtet sein und
2. muß sich der Staat bei der Ausführung dieser Handlungen den Rechtsformen des Privatrechts unterworfen haben.

Das bedeutet, daß sich ein und dieselbe Tätigkeit, wenn sie der Staat in den Formen des Hoheitsrechts wahrnimmt, als *service public administratif* darstellt, und, wenn sie der Staat in den Formen des Privatrechts ausführt, als *service public industriel et commercial*. In der Praxis ist das erste der beiden angeführten Kriterien das bedeutend wichtigere, denn wenn der Staat im Interesse der Öffentlichkeit eine Funktion der Privatwirtschaft übernimmt, so führt er sie in der Regel aus Zweckmäßigkeitsgründen in den Formen des Privatrechts aus, ja man kann in diesen Fällen sogar von einer (widerlegbaren) Vermutung für das Vorliegen einer privatrechtlichen Regelung sprechen. Die Qualifizierung einer Staatstätigkeit als *service public commercial* und *industriel* bedeutet nach dem Ausgeführten, daß eine im wesentlichen privatrechtliche Rechtsordnung Platz greift. Daneben bestehen jedoch auch für diese *services publics* einige allgemeine öffentlich-rechtliche Rechtsgrundsätze, die die Gesamtheit der *services publics* gleich einer ziemlich losen Klammer zusammenfassen. Es handelt sich um den Grundsatz der Gleichbehandlung der Benutzer (gleicher Zugang, gleiche Leistungspflicht gegenüber den Benutzern), der Kontinuität, um das Prinzip der Priorität des öffentlichen Interesses beim Betrieb des *service public*⁵¹.

Die Wahrnehmung des *service public industriel et commercial* erfolgt in einer Vielfalt von Rechtsformen, die einer Systematisierung nur schwer zugänglich sind⁵². Einmal können die *services publics industriels et commerciaux* durchgeführt werden in der klassischen Form der *concession de service public* oder in den Rechtsformen der *régie* und des *établissement public*. Weiter verfolgt der Staat Aufgaben des *service public industriel et commercial* seit einiger Zeit auch mit einer Beteiligung an privatrechtlichen Handelsgesellschaften (*société d'économie mixte*) oder durch die Bildung einer eigenen Privatrechtsgesellschaft (*entreprises publiques organisées sous la forme de sociétés commerciales*). Die *services publics industriels et commerciaux* wurden in Bedeutung und Zahl wesentlich erhöht durch die nach dem zweiten Weltkrieg erfolgten Verstaatlichungen. Die geschaffenen Staatsgesellschaften (*sociétés d'Etat*) werden teils in der Form der *établissements publics*, teils in der Form privater Handelsgesellschaften geführt. Eine Besonderheit bilden dabei die

⁵⁰ Für das deutsche Recht spricht Ipsen, S. 20 von »Staatstätigkeit, die der Erlangung, Produktion oder Verteilung von Wirtschaftsgütern . . . dient;«

⁵¹ Darüber eingehend Charlier in JCP 1955, Nr. 1220.

⁵² Bezeichnend dazu de Laubadère, D. 1957, S. 382: »... un des ces organismes innomés et inqualifiables dans lesquels on voit si volontiers depuis quelques quinze ans les témoins de l'effacement des frontières qui jadis séparaient le droit public du droit privé.«

ursprünglich von Privaten in Konzession betrieben und vom Staat übernommenen Versorgungsverbände (Gas und Elektrizität). Bei der Übernahme dieser Betriebe trat der Staat in die früheren Benutzungsverträge, die im wesentlichen noch heute gelten, ein (sog. *établissements publics concessionnaire de service public*).

Die Formen der *services publics industriels et commerciaux* sind im Einzelnen einer verschieden weitgehenden privatrechtlichen Regelung unterworfen; die in diesem Punkte sehr uneinheitlichen Entscheidungen der Obergerichte und Lehrmeinungen⁵³ können hier nicht näher untersucht werden⁵⁴. Allgemein sei festgestellt, daß die in den Formen der *concession de service public*, der *régie* und des *établissement public* betriebenen *services publics industriels et commerciaux* in einem weiteren Maße den Vorschriften des öffentlichen Rechts unterliegen als die ebenfalls diesen *services publics* dienenden, hauptsächlich durch den *code de commerce* geregelten staatlichen Handelsgesellschaften⁵⁵.

3. Weitere *services publics*. Neben den *services publics administratifs* und den *services publics industriels et commerciaux* hat die französische Verwaltungsrechtslehre nach dem zweiten Weltkrieg noch zwei weitere Arten von *services publics* herausgearbeitet, die *ordres professionnels*⁵⁶ und die *services publics sociaux*⁵⁷. Diese beiden Institute sollen im Rahmen der vorliegenden Abhandlung nicht untersucht werden, da sich eine Rechtsform dieser ausgesprochenen Spezialmaterien erst in Umrissen abzuzeichnen beginnt.

II. Unterabteilung — *Contrat administratif* —

A. Einführung

Der Begriff des *contrat administratif* weist in der französischen Verwaltungsgeschichte eine mehr als 150jährige Praxis auf, hat seine auch für heute noch entscheidende Prägung aber erst durch das *arrêt Blanco* erhalten. Im Rahmen der vor dieser Entscheidung im französischen Verwaltungsrecht allgemein verbreiteten *Supremationstheorie* (hoheitliche Staatstätigkeit - *actes d'autorité* einerseits und privatrechtliches Handeln — *actes de gestion* andererseits) gab es keinen Platz für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag kraft Vertragsinhalt. Wenn trotzdem damals schon Rechtsstreitigkeiten einiger von den Verwaltungsbehörden abgeschlossener Verträge

⁵³ Eine gute Zusammenstellung bringt Charlier a. a. O.

⁵⁴ Vgl. dazu auch Schnur in AöR 79, S. 431 ff.

⁵⁵ So werden z. B. von der h. M. Konkursfähigkeit und Möglichkeit der Zwangsvollstreckung für die *établissements publics* abgelehnt, während sie für entsprechende staatliche Handelsgesellschaften bejaht werden; vgl. Cour de Cassation in JCP 1951 II, 6437; abweichend Vedel, *Le régime des biens des entreprises nationalisées*, in *Cahiers juridique*, 1956, S. 31.

⁵⁶ Darüber näher: Berton, *Les ordres professionnels*, Diss. (Paris, 1951). Liet-Veaux, *Juriste administratif*, Hefte 145, 146; Odent, *Le contrôle du CE sur les ordres professionnels* in *Arch. phil. dr.* 1953—1954.

⁵⁷ Ein System der *services publics sociaux* beginnt sich erst im Anschluß an die Entscheidung des Tribunal des Conflits (Naliato), *Revue de droit public* 1955, S. 716 ff. mit Anm. von Waline abzuzeichnen; einen Nachweis der bis 1959 ergangenen obergerichtlichen Rspr. bringt Charlier in der *Encyclopédie Juridique* unter *service public*, Anm. 80 und 81.

den Verwaltungsgerichten zugewiesen wurden, so geschah das nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (*contrats administratifs par détermination de la loi*), von öffentlich-rechtlichen Verträgen im eigentlichen, das heißt im materiellen Sinne kann zu dieser Epoche noch nicht gesprochen werden. Das *arrêt Blanco*, das einen Umbruch in der französischen Verwaltungsrechtsdogmatik einleitete, schuf durch die Einführung des Begriffes *service public* die dogmatische Basis für ein Verwaltungsrechtssystem, in dem auch der öffentlich-rechtliche Vertrag seine Existenzberechtigung fand. Dabei ist bemerkenswert, wie im französischen Recht im Gegensatz zum deutschen der öffentlich-rechtliche Vertrag immer in engem Zusammenhang mit dem Begriff des öffentlichen Rechts gesehen wurde; unter Hinweis auf das *arrêt Terrier* kann man sogar sagen, daß die Definition des öffentlichen Rechts wesentlich vom *contrat administratif* her fortgebildet wurde, wie gleich noch näher darzulegen sein wird. Allgemein läßt sich also in der französischen Vertragslehre, in der wie im deutschen Recht die Lehre von der Definition grundsätzlich im Mittelpunkt steht, eine Hinwendung von einer formellen zu einer materiellen Betrachtungsweise feststellen. Dies soll gleich noch näher erläutert werden.

B. Öffentlich-rechtliche Verträge im formellen und im materiellen Sinn.

Im nachfolgendem soll — der Darstellungsmethode der französischen Verwaltungsliteratur entsprechend — zuerst ein Überblick über die *contrats administratifs par détermination de la loi* gegeben werden, daran wird sich eine allgemeine Untersuchung über die von der Verwaltungsrechtslehre und -rechtsprechung herausgearbeiteten materiellen Vertragskriterien anschließen und zum Schluß sollen die wichtigsten in Betracht kommenden Vertragsgruppen unter Berücksichtigung dieser materiellen Vertragskriterien erläutert werden.

I. Öffentlich-rechtliche Verträge im formellen Sinn.

Die *contrats administratifs par détermination de la loi*.

Seit den Jahren der Großen Revolution gibt es in Frankreich Verträge, deren gerichtliche Nachprüfung den Verwaltungsgerichten durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung zugewiesen ist. Der im 19. Jahrhundert herrschenden und schon erwähnten formellen Betrachtungsweise entsprechend schloß man aus dieser Rechtswegklausel auf die Anwendung öffentlichen Rechts und bezeichnete diese Verträge als *contrats administratifs par détermination de la loi*. Es handelt sich hierbei im einzelnen um folgende Vertragsgruppen:

1. Die *contrats comportant occupation du domaine public*.

Es handelt sich hier um Verträge, durch die Privatpersonen Rechte am *domaine public* eingeräumt werden. *Domaine public* ist dabei das Eigentum öffentlich-recht-

licher Körperschaften, das entweder direkt der Allgemeinheit gewidmet ist, oder zumindest einem service public zu dienen bestimmt ist⁵⁸.

Der hinsichtlich dieser Verträge früher sehr umstrittene Rechtsweg ist durch Gesetzesdekret vom 17. Juni 1938 den Verwaltungsgerichten zugewiesen worden⁵⁹.

2. Die marchés des travaux public.

In Anlehnung an die Entscheidung des Tribunal des Conflits im Falle Effimieff⁶⁰ und der von de Laubadère⁶¹ vertretenen Meinung sind nach dem CE⁶² jetzt travaux public »alle zum Nutzen der Allgemeinheit ausgeführten Arbeiten an Grundstücken, sei es, daß die Arbeit für die Rechnung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ausgeführt wird, sei es, daß sie der Durchführung eines service public dient.« Der Rechtsstreit hinsichtlich dieser Verträge wurde durch Gesetz vom 28. pluviôse des Jahres VIII den Verwaltungsgerichten zugewiesen⁶³.

3. Die marchés de fournitures.

Hier handelt es sich um Verträge, durch die die Verwaltung die für die Durchführung von services publics erforderlichen beweglichen Gegenstände erwirbt. Grundlage für die Zuweisung von sich hieraus ergebenden Rechtsstreitigkeiten an die Verwaltungsgerichte ist ein Dekret vom 11. Juni 1806⁶⁴, nach dem die gerichtliche Nachprüfung der entsprechenden Verträge des Staates dem conseil d'Etat zugewiesen wurde.

4. Die marchés de transport.

Auch diese Verträge, bei denen sich eine Privatperson gegen Entgelt gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zur Beförderung von Personen oder zum Transport von Sachen verpflichtet, unterfallen nach einer Entscheidung des conseil d'Etat⁶⁵ ebenfalls dem für die marchés de fournitures einschlägigen Art. 14 des Dekrets vom 11. Juni 1806.

⁵⁸ CE im Falle Sté. Le Beton (D. 1956, S. 681) und dazu de Laubadère, D. A., S. 767: »Font partie du domaine public les biens appartenant à des personnes publiques et qui sont soit mis à la disposition directe du public usager, soit affectés à un service public, pourvu que, dans ce cas, ils soient adaptés au but particulier du service en raison de leur nature même ou d'un aménagement particulier,« eine Definition, die der CE nun in der Entscheidung D. 1957, S. 417 (Mimouni) übernommen hat.

⁵⁹ Art. 1 dieses Dekrets: »Sont portés en premier ressort devant le conseil de préfecture, sauf recours au conseil d'Etat, les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics ou leurs concessionnaires.«

⁶⁰ JCP 1955/Nr. 8786 mit zust. Anmerkung von Blaevoet; Actualité juridique, 1955, S. 332 mit ablehnender Anm. von J. A. und Revue administrative 1955, S. 285 mit Anm. von Liet-Veaux.

⁶¹ D. A., S. 798.

⁶² CE in D. 1957/S. 417 mit zust. Anm. von P.-L.-J.

⁶³ Art. 4 a. a. O.: »Le conseil de préfecture prononcera . . . sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés.«

⁶⁴ Art. 14 dieses Dekrets: »Le Conseil d'Etat connaîtra en outre . . . de . . . toutes contestations ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministres, avec l'intendant de notre maison, ou en leur nom, soit aux travaux ou fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs pour notre service personnel ou celui de notre maison.«

⁶⁵ CE 1919, S. 520 (C. ie des chargeurs français).

5. »Offres de concours«.

Offres de concours sind Verträge, durch die sich jemand gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zu einer Geld- oder Sachleistung unter der Bedingung verpflichtet, daß eine öffentliche Arbeit durchgeführt oder ein service public errichtet wird. Auch diese Verträge unterliegen durch eine weite Auslegung der für die marchés de fournitures und die marchés de transport bestehenden Rechtswegklausel der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung.

6. Die Contrats d'emprunt public, — soweit es sich bei diesen öffentlichen Anleihen um solche des Staates handelt, entnimmt man die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte den Gesetzen vom 17. Juli 1790 und vom 26. September 1793.

7. In einem letzten Fall sind schließlich noch die Veräußerungen von staatlichem (privatem)⁶⁶ Grundvermögen durch ein Gesetz aus der Revolutionszeit⁶⁷ den Verwaltungsgerichten zugewiesen worden. Es ist offensichtlich, daß es sich hier um eine »systemwidrige« Rechtswegklausel handelt, und es ist interessant, wie der conseil d'Etat im Laufe der Zeit den Anwendungsbereich dieses Gesetzes immer mehr eingeschränkt hat und schließlich in der Gegenwart materiell hinsichtlich dieser Verträge Privatrecht⁶⁸ anwendet.

II. Die Allgemeinen, von der Rechtsprechung entwickelten Vertragskriterien.

1. Der öffentlich-rechtliche Vertragspartner.

Im Gegensatz zum deutschen Recht muß in Frankreich beim öffentlich-rechtlichen Vertrag mindestens ein Vertragspartner eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein (Staat, Gemeinde, établissement public), oder als juristische Person des Privatrechts zumindest mit der Ausführung eines service public betraut sein⁶⁹, (entreprises publiques organisées sous la forme de sociétés commerciales). Ein Vertrag zwischen zwei Privatpersonen kann ausnahmsweise öffentlich-rechtlichen Charakter aufweisen, wenn eine Vertragspartei ausdrücklich für Rechnung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts handelt.

2. Die Beziehungen zum service public.

Damit ein Vertrag dem öffentlichen Recht zugehört, ist weiter erforderlich, daß er in Hinsicht auf einen service public abgeschlossen wurde, also zur Durchführung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe dient. Die Beziehung zum service public kann dabei unmittelbarer, sie kann aber auch mittelbarer Art sein. Unmittelbare Beziehung haben all die Verträge, die selbst der Durchführung (réalisation) des service public dienen, mittelbare Beziehung haben die Verträge, die im Hin-

⁶⁶ Der domaine public ist unveräußerlich.

⁶⁷ Loi des 28 pluviôse an VIII, Art. 4: »... le conseil de préfecture prononcera ... sur le contentieux des domaines nationaux.«

⁶⁸ Jeze, Principes I, S. 232, de Laubadère, Contrats I, S. 52.

⁶⁹ CE 1950, S. 505 (Stein), de Laubadère, Contrats I, S. 62.

blick auf die Durchführung eines service public bloßen Vorbereitungs- und Unterstützungscharakter aufweisen.

a) Verträge mit mittelbarer Beziehung zum service public.

Hierunter fallen die nach deutschem Recht ausschließlich privatrechtlich zu würdigenden⁷⁰ Verpflichtungen zur Lieferung, Erstellung, Wiederherstellung etc. von Sachen (Bau, Ausbesserung einer gemeindlichen Brücke). Diese zum service public in nur mittelbarer Beziehung stehenden Verträge bilden den Hauptanwendungsbereich der contrats administratifs und z. B. de Laubadère hat neuerdings der Behandlung all dieser komplizierten Vertragsregelungen mehr als die Hälfte seines dreibändigen Werkes über öffentlich-rechtliche Verträge gewidmet. Für sie mag vor allem die Bemerkung Imbodens zutreffen⁷¹, »daß der contrat administratif... weniger fühlbar nach der hoheitlichen, als vielmehr der nicht-hoheitlichen Verwaltung« hinübergreife. Diese Verträge bilden eine typische Institution des französischen Verwaltungsrechts, deren Übernahme in einen fremden Rechtskreis schwerlich möglich und auch nicht zu empfehlen wäre und die auch hier nicht näher untersucht werden sollen.

b) Die in unmittelbarer Beziehung zum service public stehenden Verträge.

aa) Die Verträge im Rahmen von Leistungsgewährungsverhältnissen.

Die Vergabe von öffentlichen Leistungen erfolgt im Rahmen des service public administratif als auch vor allem durch die services publics industriels et commerciaux. Es wird aus den Ausführungen auf Seite 38 hervorgehen, daß im Rahmen solcher Benutzungsverhältnisse heute im Gegensatz zu früher nur noch ganz selten öffentlich-rechtliche Verträge in Frage kommen.

bb) Weiter rechnen hierher aber auch Verträge, in denen die Verwaltung Privatpersonen zur Durchführung und Ausführung von services publics verpflichtet. Dabei kann die Privatperson ganz in die Verwaltungsorganisation eingegliedert werden (Beamte⁷²), regelmäßig wird aber nur eine Teileingliederung in Frage kommen (öffentliche Personenbeförderung in einer Gemeinde durch eine Privatperson, »Indienstnahme«.) Obwohl einiges dafür spricht, diese »Verträge zur Beschaffung persönlicher Leistungen« unter die nur mittelbar dem service public dienenden Verträge einzureihen⁷³, betrachtet die französische Lehre die Bindung der Privatperson an den service public als so stark, daß sie eine unmittelbare Beziehung zum service public als gegeben ansieht. Die Indienstnahme (»contrats impliquant une participation du cocontractant à l'exécution du service public«) erfolgt in der Regel in Form einer concession de service public, deren Rechtsnatur noch zu erörtern sein wird.

⁷⁰ Ebenso das schweizerische Recht, vgl. Imboden, S. 20.

⁷¹ Imboden, S. 18.

⁷² Beamtenrechtliche Verträge sind im französischen Recht möglich, aber selten; vgl. im einzelnen de Laubadère, Contrats I, S. 124 f.

⁷³ So werden für das deutsche Recht in Teil III unten diese »Leistungsbeschaffungsverträge« auch unter dem Begriff der »mittelbar der Öffentlichkeit dienenden Verwaltung« zusammenzufassen sein.

c) Entgegen dieser heute allgemein herrschenden Lehre hat Marc Réglade⁷⁴1924 die interessante Ansicht vertreten, daß es für die Öffentlich-rechtlichkeit eines Vertrages erforderlich und ausreichend sei, wenn dieser Vertrag direkt und unmittelbar auf die Durchführung eines service public gerichtet sei. Obwohl sich diese Ansicht nie durchgesetzt hat, bietet sie doch einen guten Anhaltspunkt für das Verständnis der gegenwärtig herrschenden Lehre: Der Vorschlag Réglades hätte praktisch die Einführung der Interessentheorie in die Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages bedeutet⁷⁵. Das französische Verwaltungsrecht hat demgegenüber nun zwar durch die Hereinnahme des mittelbaren öffentlichen Interesses den Begriff des öffentlichen Interesses weiter gefaßt, aber für die Öffentlich-rechtlichkeit eines Vertrages ein weiteres Erfordernis aufgestellt, nämlich die »clause exorbitante«, d. i. eine im Vertrag enthaltene, auf dessen grundsätzlichen Unterschied von einem zivilrechtlichen Vertrag hinweisende Vertragsbestimmung. Ein solches, dieser clause exorbitante entsprechendes Vertragskriterium ist auch im deutschen Recht oftmals mehr oder weniger ausdrücklich ausgesprochen worden und gerade jetzt wieder aktuell⁷⁶, weshalb die Behandlung dieser Vertragsklauseln in einem etwas breiterem Rahmen erfolgen soll.

3. Die Clause exorbitante.

Die Lehre von der clause exorbitante hat ihren Ursprung in dem arrêt Terrier des CE aus dem Jahre 1903 und den eben dort ausgeführten »Conclusions« des damaligen commissaire de gouvernement Romieu. Wie schon bei der Behandlung des service public ausgeführt, räumt Romieu in diesen Rechtsausführungen der Verwaltung das grundsätzlich auch heute noch bestehende Wahlrecht ein, ihre Aufgaben mit den Mitteln des öffentlichen oder des privaten Rechts wahrzunehmen. Für das Vertragsrecht bedeutet dies eine grundsätzliche Verwendungsfreiheit des öffentlich-rechtlichen bzw. des privatrechtlichen Vertrags. Schloß die Verwaltung zur Ausführung ihrer Aufgaben einen Vertrag ab, der in Form und Inhalt mit einem im Zivilrecht ausdrücklich geregelten Vertragstyp übereinstimmt, so handelte sie privatvertraglich. Führte sie jedoch in ihren Vertrag sog. nicht-privatrechtskonforme⁷⁷ Vertragsbestimmungen ein, so schloß sie einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Romieu ging also von einer unserer Titel-(Rechtsreformen-)theorie⁷⁸ nicht unähnlichen, wenn auch nicht völlig gleichenden Auffassung aus. Von Anfang an bestand dabei das Problem, wann nun eine Vertragsbestimmung noch typisch privatrechtlichen Charakter hatte und wann sie schon öffentlich-rechtlicher Natur, also clause exorbitante, war, also das

⁷⁴ »De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des autorités administratives et judiciaires«, RDP, 1924, S. 191. Hätte sich die Ansicht Réglades durchgesetzt, so wäre z. B. das französische Verwaltungsrecht völlig von den Gedanken der Rechtsformentheorie losgekommen, einer Theorie, die, wie gleich noch näher darzulegen sein wird, heute maßgebend bei der Definition des contrat administratif Verwendung findet.

⁷⁵ Vgl. für das deutsche Recht etwa Apelt, S. 130: »... denn bei jeder rechtswirksamen Handlung, von welcher Person sie auch ausgehen möge, durch welche dieses Rechtsinstitut zur Wirkung gelangt, bei der also das öffentliche Interesse das entstehende Rechtsverhältnis in seinem Wesen beeinflusst und bestimmt, ist unmittelbare öffentliche Verwaltung am Werke, d. h. Verwaltung, die sich ausschließlich der Formen des öffentlichen Rechts bedient.«

⁷⁶ Vgl. z. B. Ipsen, S. 70, 71; Imboden, S. 63, 125.

⁷⁷ Diese Übersetzung des Begriffes »clause exorbitante« ist von Imboden übernommen.

⁷⁸ Vgl. dazu die eingehende Untersuchung von Molitor, »Über öffentliches Recht und Privatrecht.«

Problem, wo die Grenze zwischen dem noch atypisch-zivilrechtlichen und dem schon öffentlich-rechtlichen Vertrag zu ziehen sei⁷⁹. Sicher sind Fälle mit der Theorie Romieus leicht zu erfassen, wenn die Verwaltung einen glatten Kauf-, Mietvertrag etc. abschließt, bzw. wenn sie sich im Vertrag typisch hoheitliche Rechte vorbehält; wie ist aber z. B. die Lage bei einem Mietvertrag, in dem sich die Verwaltung aus Gründen des öffentlichen Interesses ein außerordentliches Auflösungsverhältnis vorbehält? Muß die clause exorbitante im Zivilrecht unzulässig (illicite) sein, oder genügt es, wenn sie bloß ungewöhnlich (inusuelle) ist?

a) Eine weit verbreitete Meinung hatte lange Zeit hindurch die Ansicht vertreten, daß eine clause exorbitante in einem privatrechtlichen Vertrag grundsätzlich unzulässig sein müsse; (Gleichsetzung von clause exorbitante mit clause prérogative de puissance publique⁸⁰). Vedel⁸¹ hat aber in der kürzlich erschienenen Festschrift für Mestre nachgewiesen, daß es nur sehr wenig typisch-hoheitliche Vertragsklauseln gibt und daß gerade in letzter Zeit auch in privatrechtlichen Verträgen einseitige Einwirkungsbefugnisse eines Vertragspartners auf den Vertrag immer mehr zunehmen. Das Kriterium der zivilrechtlichen Ungesetzlichkeit kann also nicht weiter zur Bestimmung einer clause exorbitante herangezogen werden — wollte man nicht die Augen vor der Wirklichkeit verschließen⁸².

b) Eine befriedigende Bestimmung kann also nur gefunden werden, wenn man auf die relative Seltenheit⁸³ einer Vertragsklausel in privatrechtlichen Verträgen abstellt. In diesem Zusammenhang hat de Laubadère nun in seinem neuen Werk über öffentlich-rechtliche Verträge den Bedenken Vedels Rechnung getragen und zur Bestimmung der clause exorbitante eine Theorie entwickelt, die m. E. wohl noch am besten geeignet ist, zur Lösung der in Frage stehenden Probleme beizutragen⁸⁴. Danach ist clause exorbitante jede Vertragsbestimmung, die den »Stempel der Öffentlich-rechtlichkeit« trägt (»clause, qui porte la marque administrative«⁸⁵). Dies ist nach de Laubadère dann der Fall, wenn die Verwaltung in dem Vertrag eine ihrer hoheitlichen Machtstellung entsprechende und daher in Zivilrechtsverträgen unzulässige Vertragsklausel einführt (clause illicite), aber auch dann, wenn sie eine in Privatrechtsverträgen zwar ungewöhnliche, aber mögliche Vertragsklausel (clause inusuelle) einführt, wenn diese Vertragsklausel nur wegen der gerade dem öffentlichen Recht eigentümlichen Erwägungen und Ziele eingeführt wurde. Durch diese neue Theorie de Laubadères wurde die alte Absicht Romieus gewahrt,

⁷⁹ Vgl. aus der Rspr. z. B. das arrêt Stein, CE 1950, S. 505: »... ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature, à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales.« Und Tribunal des Conflits, 1952, S. 628 »des clauses différant par leur nature de celles qui peuvent être inscrites dans un contrat analogue de droit civil.«

⁸⁰ So z. B. CE 1952, S. 203; 1950, S. 35.

⁸¹ Mélanges Mestre, S. 550 Nr. 27 und Nr. 28 und D. A. II, S. 592.

⁸² Was aber nach Vedel a. a. O. die Verwaltungsgerichte in ständiger Rspr. tun.

⁸³ Vedel a. a. O. spricht von »inhabituelle«, de Laubadère, Contrats I, S. 91 von »inusuelle«.

⁸⁴ de Laubadère, Contrats I, S. 91 ff.

⁸⁵ de Laubadère, Contrats I, S. 100: »... clause ... inspirée par les considérations et des buts propres au droit public.«

der die im öffentlichen Interesse abgeschlossenen Verträge grundsätzlich dem öffentlichen Recht zurechnen wollte, andererseits aber doch der Verwaltung nicht die Möglichkeit verwehren wollte, ausnahmsweise auch zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen in den hergebrachten Instituten und auf dem Boden des Privatrechts zu paktieren. Die Bestimmung des öffentlich-rechtlichen Vertrages verläuft nach all dem im französischen Verwaltungsrecht von einer formalistischen »Rechtsweg«-Theorie (Zeit vor dem *arrêt Blanco*), der Interessentheorie (*arrêt Blanco*) über die Rechtsformentheorie (*arrêt Terrier*, *Romieu*) und die Subjektionstheorie zurück zur Interessentheorie, nun allerdings mit starkem Einschlag der Rechtsformentheorie (de Laubadère).

III. Besondere Behandlung der Fälle, bei denen der Vertragspartner bei der Durchführung des *service public* beteiligt ist.

Seit der Entscheidung des CE vom 7. 11. 1922 im Falle *Manon* besteht im französischen Verwaltungsrecht eine Lehre, die in besonderen Fällen ausnahmsweise Abmachungen der Verwaltungsbehörden die Eigenschaft öffentlich-rechtlicher Verträge zuerkennt, ohne daß in diesen Verträgen *clauses exorbitantes* enthalten zu sein brauchten, eine Lehre, die durch zwei maßgebende Urteile des CE aus letzter Zeit⁸⁶ eine ausdrückliche Bestätigung und Festigung erfahren hat. Danach ist unabhängig von dem Vorhandensein einer *clause exorbitante* im Vertrag ein Vertrag immer dann öffentlich-rechtlich, wenn die Verwaltung ihrem Vertragspartner die unmittelbare Durchführung des *service public* überträgt⁸⁷. De Laubadère begründet in seiner Urteilsanmerkung a. a. O. diese Lehre des CE damit, daß in den bezeichneten Fällen solch eminent öffentliche Interessen im Spiele sind (hauptsächlich das Interesse an einer kontinuierlichen Durchführung des *service public* durch den Vertragspartner), daß der Staat nicht auf die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des öffentlichen Rechts verzichten könne⁸⁸. Dogmatisch bedeutet dies eine Beschränkung des von *Romieu* entwickelten Wahlrechts der Verwaltung in all den Fällen, in denen die Verwaltung die unmittelbare Durch- oder Ausführung eines *service public* durch Vertrag auf einen anderen überträgt.

Hinsichtlich der wesentlichen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag kennzeichnenden

⁸⁶ CE in RDP 1956, S. 859 (conclusions Long) und RDP 1957, 101 ff. (Anm. *Waline*) und *Dalloz*, 1956, S. 433 (Anm. de Laubadère), kritisch *Zwahlen*, S. 503; *Mélanges Mestre*, S. 561 (*arrêt Bertin*).

⁸⁷ De Laubadère in Anm. zum *arrêt Bertin*: »... l'arrêt Bertin... affirme de la manière la plus claire que lorsqu'un contrat conclu par l'Administration a pour objet de confier à un particulier l'exécution même d'un service public, cette circonstance suffit à elle seule à imprimer au contrat dont s'agit le caractère d'un contrat administratif sans qu'il soit besoin de rechercher si ledit contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun.«

Vgl. dazu auch de Laubadère, *Cours de Grands Services Publics*, S. 41.

⁸⁸ Hier zeigt sich besonders deutlich, wie unbeschwert im französischen Verwaltungsrecht eine im öffentlichen Interesse ergangene vertragliche Regelung als eine öffentlich-rechtliche Regelung bezeichnet wird (vgl. auch de Laubadère, *Co I*, S. 72).

Kriterien lassen sich aus all dem für die gegenwärtige französische Lehre folgende Grundsätze ableiten:

1. Ein Vertrag der Verwaltung ist öffentlich-rechtlich, wenn er
 - a) in mittelbarer oder unmittelbarer Beziehung zur Errichtung oder Durchführung eines service public abgeschlossen wurde und
 - b) sog. clauses exorbitantes de droit commun enthält; solche clauses exorbitantes liegen vor, wenn der Staat Bestimmungen in den Vertrag aufnimmt, die in Privatrechtsverträgen unmöglich, d. h. gesetzwidrig sind, oder wenn er solche Bestimmungen vereinbart, die im Privatrecht zwar nicht häufig, aber zulässig sind, wenn diese Vertragsbestimmungen vom Staat nur im Interesse des Wohles der Allgemeinheit in den Vertrag aufgenommen wurden.
2. Unabhängig von 1. liegt immer ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor, wenn eine Verwaltungsbehörde eine Privatperson vertraglich mit der unmittelbaren Durchführung eines service public betraut.

IV. Die Untersuchung der wichtigsten Vertragsgattungen im Hinblick auf ihre Beziehung zum service public und auf clauses exorbitantes.

1. Verträge, die in mittelbarer Beziehung zum service public stehen.

Bei den in mittelbarer Beziehung zum service public stehenden Verträgen handelt es sich vorwiegend um sog. *contats administratifs par détermination de la loi*. Ebenso wie die *ventes immeubles de l'Etat* veranschaulichen diese Verträge, wie sich die Verwaltungslehre immer mehr von einer formellen Betrachtungsweise (gesetzliche Zuweisung eines Vertrages zu den Verwaltungsgerichten maßgebend für dessen öffentlich-rechtliche Rechtsqualität) zu einer materiellen hingewandt hat und sich heute für die Frage nach der Vertragsart ausschließlich am Vertragsinhalt orientiert.

a) Ein typisches Beispiel bilden hierfür die *marchés de fournitures*. Früher betrachtete man in Anlehnung an das oben S. 28 Anm. 6 zitierte Dekret all diese vom Staate abgeschlossenen Verträge kraft Rechtswegbestimmung als öffentlich-rechtlich und e contrario dazu die von den anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften abgeschlossenen Verträge als solche des Privatrechts. Im Laufe der Zeit wurde man sich nun darüber klar, daß ein großer Teil der vom Staate abgeschlossenen Verträge ausschließlich typisch privatrechtliche Bestimmungen enthielt, während es umgekehrt vorkam, daß z. B. eine Gemeinde einen *marché de fourniture* abschloß, in den sie ausgesprochene *prérogatives de droit public* aufnahm⁸⁹. Die Rechtssprechung half sich über diese Widersprüche dadurch hinweg, daß sie die vom Staat abgeschlossenen privatrechtsgleichen Verträge aus dem Begriff *marchés de fourniture* ausklammerte und andererseits durch eine weite Auslegung des zitierten Dekrets auch die von anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften abgeschlossenen, clauses exorbitantes beinhaltenden Verträge unter den Begriff der *marchés de fournitures* brachte.

⁸⁹ De Laubadère, Co I, S. 109 ff.

Ebenso ist die französische Verwaltungsrechtsprechung für die entsprechend zu behandelnden *marchés de transport* verfahren⁹⁰.

b) Eine entsprechende Verschiebung der Grenzen vollzog sich bei den Verträgen über öffentliche Anleihen, wo sich die französische Verwaltungsrechtslehre auch von einer formellen zu einer modernen materiellen Betrachtungsweise hinwandte⁹¹.

Es erscheint nach all dem nicht mehr gerechtfertigt, von *contrats administratifs par détermination de la loi* zu sprechen, denn die gesetzliche Zuweisung eines Vertrages zu den Verwaltungsgerichten ist heute kein konstitutives sondern nur noch ein deklaratorisches Merkmal für die Rechtsqualität des Vertrages. Während man früher sagte: »Ein Vertrag ist öffentlich-rechtlich, weil er im Falle eines Rechtsstreits vor die Verwaltungsgerichte kommt«, argumentiert man heute: »Weil und insoweit der Vertrag kraft materiellen Vertragsinhalts öffentlich-rechtlich ist, hat das Gesetz eine Zuweisung der Rechtsstreitigkeiten zu den Verwaltungsgerichten ausgesprochen.«

2. Verträge in unmittelbarer Beziehung zum *service public*.

a) Leistungsbeziehungen im Rahmen von *services publics administratifs*.

Es wurde bei den allgemeinen Ausführungen über den *service public* schon darauf hingewiesen, daß die Leistungen der *services publics administratifs* im Rahmen eines Über-Unterordnungsverhältnisses erfolgen. Da es den Behörden überdies weitgehend versagt ist, die für die *services publics administratifs* bestehenden normativen Benutzungsregelungen durch eine individuelle Vertragsregelung zu ersetzen oder abzuändern, bleibt der Abschluß von Verträgen zur Regelung von Benutzungsverhältnissen hier den Behörden grundsätzlich versagt.

b) Leistungsbeziehungen im Rahmen von *services publics industriels et commerciaux*. Nach der neuen vom CE vertretenen Rechtsansicht handelt es sich hier um die in privatrechtlichen Formen erfolgende Produktion und Verteilung von Wirtschaftsgütern. Gewährt die Verwaltung solche Wirtschaftsgüter in öffentlich-rechtlichen Formen, so betreibt sie nach dieser neuen Ansicht keinen *service public commercial* et industriel mehr, sondern einen *service public administratif*, und zwar einen »gekokorenen« im Gegensatz zu dem unter a) behandelten »geborenen« *services publics administratifs*. Bei diesen gekokorenen *services publics administratifs* wird sich nach der neuen Lehre einer der wenigen Fälle ergeben, wo die Leistungsvergabe in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages den Regelfall bilden wird. Insoweit gilt also eine Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip, daß Rechtsbeziehungen im Rahmen von *services publics administratifs* nur hoheitlicher Art sein können. Für die *services publics industriels et commerciaux* ist damit jedoch schon *ex definitione* eine Aussage über die privatrechtliche Rechtsqualität der Leistungsbeziehungen getroffen. Dennoch

⁹⁰ CE, 1919, S. 520; Tribunal des Conflits, RPDA, 1954, Nr. 376.

⁹¹ De Laubadère, Co I, S. 121, Anm. 1; Jèze in RDP 1938, S. 581: »Considérant qu'un contrat passé par l'Etat révèle du contentieux administratif lorsqu'à la fois il intéresse le fonctionnement de l'ordre public et révèle l'intention des parties de se soumettre à un régime juridique spécial de droit public.«

sollen diese Leistungsbeziehungen — vor allem im Hinblick auf die concession de service public — noch näher betrachtet werden. Die Leistungsvergabe im Rahmen von services publics industriels et commerciaux kann vom Staat selbst vorgenommen werden (z. B. régie), sie kann aber auch von vom Staat damit betrauten Privatpersonen ausgeführt werden. In diesen Fällen trennt das französische Verwaltungsrecht scharf zwischen den Rechtsbeziehungen Staat — Privatpersonen (concédant — concessionnaire) und dem zwischen der Privatperson und dem Leistungsbezieher bestehenden Benutzungsverhältnis. Das Verhältnis zwischen concédant und concessionnaire, also ein etwa unserer Indienstnahme entsprechendes Rechtsverhältnis, hat im französischen Recht eine ungleich eingehendere Behandlung erfahren und ist seit langem ein sehr umstrittener Bestandteil der französischen Verwaltungsrechtslehre.

aa) Die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Indienstgenommenen; concession de service public.

Der Staat betraut die Privatperson mit der Ausführung eines service public commercial oder industriel regelmäßig durch eine sog. concession de service public.

Ursprünglich handelte es sich bei dieser Konzession um einen Vertrag, durch den eine öffentlich-rechtliche Körperschaft eine Privatperson mit der Durchführung einer öffentlichen Arbeit (ouvrage public) beauftragte, wobei die Bezahlung dergestalt vereinbart wurde, daß diese Privatperson Gebühren gegenüber Benutzern des von ihr erstellten Werkes erhob. Die concession war somit ein marché de travail public, bei dem eine besondere Zahlungsmodalität vereinbart wurde. Diese Verträge wurden, da sie der Rechtswegklausel des Gesetzes vom 28 pluviöse des Jahres VIII unterfielen, als öffentlich-rechtliche betrachtet. Gegen Ende des vorigen Jahrhunderts vergab die Verwaltung aber immer mehr Konzessionen, bei denen die Erstellung des Werkes gegenüber der Unterhaltung in den Hintergrund trat (Eisenbahn, Straßenbahn, Fährbetrieb über einen Kanal).

Dies führte den CE dazu, in einer maßgebenden Entscheidung (Thérond, S. 1911, S. 317) neben die concession de travail public die concession de service public zu stellen, der er in Anlehnung an die erstere unbedenklich die Rechtsnatur eines öffentlich-rechtlichen Vertrages beimaß⁹².

Die Rechtslehre war grundsätzlich mit der Schaffung dieses neuen Rechtsinstituts einverstanden, folgte aber nicht der vom CE vertretenen Rechtsqualität der concession de service public.

Ausgangspunkt für diesen Widerstand war die Tatsache, daß sich in diesen concessions de service public einige Bestimmungen befanden, die auch gegenüber den Benutzern unmittelbare Rechtswirkung äußerten (z. B. die vom Konzessionär gegenüber dem Konzedenten vereinbarte Pflicht, eine gewisse Menge zu liefern, schuf für die Benützer das Recht, diese Menge zu verlangen; bei der Vereinbarung eines Preislimits galt Entsprechendes). Da ein Vertrag regelmäßig nur Vertragswirkung

⁹² Péquignot, Heft 500, S. 91: »Le glissement insensible de la concession de travail public vers la concession de service public a tout naturellement amené à considérer les concessions de service public comme contrats administratifs bien qu'aucun texte exprès n'ait attribué la connaissance à la juridiction administrative.«

zwischen den Vertragspartnern äußere, so argumentierte man, müsse es sich hier um ein besonders geartetes Rechtsinstitut handeln.

Die Rechtslehre und Rechtssprechung haben im Anschluß an das *arrêt Thérond* (und teilweise auch schon vorher) Konstruktionen gebildet, die, da sie heute der Verwaltungsrechtsgeschichte angehören, nur kurz gestreift werden sollen.

Einmal konstruierte man einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zu Gunsten Dritter⁹³, eine Ansicht, die aber bald allseits auf Ablehnung stieß.

Hauriou entwickelte demgegenüber die Theorie von der »Doppelnatur der *concession de service public*«⁹⁴. Die gleichen Rechtsbeziehungen sollten zwischen Konzedent und Konzessionär Vertragscharakter, gegenüber den Benutzern normativen Charakter haben. In der Rechtslehre fand auch diese Theorie bald Gegner. Die Tatsache, daß der gleiche Akt eine verschiedene Rechtsnatur haben sollte je nachdem, ob man ihn vom Standpunkt des Konzessionärs oder vom Standpunkt der Benutzer aus betrachtete, wurde juristisch als untragbar empfunden⁹⁵.

Die gegenwärtige Lehre geht von einer differenzierenden Betrachtungsweise; sie unterscheidet die auch gegenüber den Benutzern wirkenden Vertragsbestimmungen von den eigentlichen, nur zwischen Konzedent und Konzessionär wirkenden Vertragsklauseln⁹⁶. Ersteren mißt sie eine privatrechtlich-generelle Rechtswirkung zu, wodurch dieser Teil des Vertrages einen statusähnlichen (Norm)charakter erhält. Die tatsächliche Zulassung zur Leistung wird dann bloß noch als *acte-condition*⁹⁷, d. i. ein die Anwendung von Rechtsnormen auf den konkreten Fall deklarierender Akt, betrachtet. Nur die eigentlichen Vertragsbedingungen, die aber an Zahl und Bedeutung erheblich geringer sind, haben nach dieser jetzt herrschenden Ansicht noch Vertragscharakter, allerdings öffentlich-rechtlichen, da sie sich mit der unmittelbaren Ausführung eines *service public* befassen.

bb) Die Beziehungen zwischen *service public commercial et industriel* und Benutzern. Betreibt der Staat selbst den *service public (régie)*, so erläßt er ein (privatrechtliches) Benutzungsstatut; entsprechend verhält sich die Rechtslage, wenn der Staat die Ausführung des *service public* einer Privatperson überträgt, wie aus den vorstehenden Ausführungen über die *concession de service public* hervorgeht.

Eine interessante Wandlung hat dabei in den letzten dreißig Jahren die Stellung dieser privatrechtlichen Benutzungsbeziehungen zur allgemeinen Rechtsordnung erfahren, die, da sie auch bei uns bestehende Probleme berührt, zumindest angedeutet werden soll. Jèze und Laroque aaO. waren im Hinblick auf die für alle *services publics* geltenden öffentlich-rechtlichen Bindungen (gleicher Zugang etc.) noch der

⁹³ CE; S. 1928,3,38 (Gay).

⁹⁴ Hauriou, *Précis de droit administratif*, S. 1015; vgl. schon CE 1910, S. 223 (conclusions Léon Blum).

⁹⁵ Jèze, *Contrats II*, S. 550: »Un même acte ne peut pas avoir une nature juridique différente suivant les personnes auxquelles il s'applique.« Diese Ansicht hat zweifellos etwas Bemerkenswertes an sich. Auch im deutschen Verwaltungsrecht geht man — hauptsächlich in letzter Zeit — manchmal etwas zu logisch-deduktiv vor. (Vgl. z. B. Genehmigung einer gemeindlichen Satzung.)

⁹⁶ Begründet von Jèze, RDP 1907, S. 680 und Duguit, RDP 1907, S. 411 und *Traité de droit constitutionnel I*, S. 420, fortgeführt von Laroque, *Les usagers des services publics*, heute z. B. de Laubadère, *Co I*, S. 377 ff.

⁹⁷ Vgl. darüber gleich nachfolgend, S. 52.

Ansicht, daß dieses allgemeine privatrechtliche Benutzungsverhältnis nur ein zugrundeliegendes öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis überlagere (»superposition«), daß aber öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen insoweit vorlägen, als das privatrechtliche Benutzungsverhältnis keine Regelung trafe.

Folgerichtig gewährten sie z. B. einem Benutzungsbewerber eine öffentlich-rechtliche Klage auf Zulassung zum service public. Diese öffentlich-rechtlichen Bindungen wurden jedoch nach und nach in zivilrechtliche umgedeutet⁹⁸, nicht zuletzt, um die damit verbundenen komplizierten Rechtswegfragen auszuschalten, so daß heute ganz allgemein die Rechtsbeziehungen zwischen services publics commerciaux und industriels und — zukünftigen wie schon eingegliederten — Benutzern privatrechtlicher Natur sind.

III. Unterabteilung — Die Zulässigkeit und die Anwendung gesetzlicher Vorschriften für öffentlich-rechtliche Verträge.

I. Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge

Im Gegensatz zur deutschen Lehre bildet im französischen Verwaltungsrecht die Zulässigkeit (admissibilité) öffentlich-rechtlicher Verträge ein ganz untergeordnetes Problem. Im Laufe der Jahrzehnte haben sich — fast ausschließlich auf Grund der Rechtssprechung des Conseil d'Etat — einige fest umrissene Vertragskategorien herauskristallisiert, die in Spezialabhandlungen (z. B. Péquignot, de Laubadère) in der Art unserer »besonderen Schuldverhältnisse« klassifiziert werden. Neben diesen contrats administratifs »catalogués« bejaht man »selbstverständlich« die Zulässigkeit »atypischer« öffentlich-rechtlicher Verträge (contrats administratifs innomés), will sie aber beschränkt wissen auf einen Bereich, der sich wohl mit der dispositiven öffentlich-rechtlichen Rechtsordnung decken dürfte⁹⁹. Das mangelnde Interesse der französischen Lehre in diesem Punkt wird darauf zurückzuführen sein, daß sich die hauptsächlichsten Vertragskategorien schon einen festen, unbestrittenen Platz im französischen Verwaltungsrechtssystem gesichert haben und darüber hinaus sowieso selten öffentlich-rechtliche Abmachungen mit Vertragscharakter getroffen werden. So weiß z. B. de Laubadère in seinem neuen Werk von ganzen zwei Entscheidungen zu berichten, in denen der CE zur Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge Stellung zu nehmen hatte¹⁰⁰ und behandelt selbst¹⁰¹ dieses Problem auf knappen zwei Seiten, in Kurzlehrbüchern¹⁰² findet dieses Problem gar nicht Erwähnung.

⁹⁸ Für die privatrechtliche Klage auf Zugang zu einem service public industriel vgl. CE 1955, S. 281; CE 1957, S. 541, S. 686. Ob man nicht auch im deutschen Recht an eine »Transformation« solcher öffentlich-rechtlicher Bindungen im Rahmen der privatrechtlich gewährten Leistungsverwaltung denken könnte, diese Frage sei hier zumindest aufgeworfen.

⁹⁹ De Laubadère, Co I, S. 227: »Le droit administratif fait une très large place aux situations légales ou réglementaires. Par définition même de telles situations, étant fixées unilatéralement par voie de lois d'actes réglementaires, ne peuvent se prêter à des accords contractuels entre l'administration et les administrés; ces accords seraient nuls.«

¹⁰⁰ CE, D. 1929, 3, S. 57 mit Anm. von Bienvenue und D. C. 1944, J. 121 mit conclusions von Odent.

¹⁰¹ a. a. O. S. 227 f.

II. Die Anwendung gesetzlicher Vorschriften auf öffentlich-rechtliche Verträge.

Wiederum im Gegensatz zum deutschen Recht, allerdings jetzt in entgegengesetztem Sinne, hat das französische Verwaltungsrecht ein umfangreiches und ausgefeiltes System öffentlich-rechtlicher Vertragsnormen geschaffen. Wie schon erwähnt, ist dies hauptsächlich das Werk des CE, der in jahrzehntelanger, behutsamer Kasuistik die Bausteine zusammengetragen hat, die heute das System der *contrats administratifs* bilden. Die Schaffung der Vertragsnormen bestand dabei zum Teil in einer bloßen Übernahme zivilrechtlicher Vorschriften¹⁰³, häufig jedoch in der oft völlig freien Findung öffentlich-rechtlicher Rechtsregeln, die dadurch gekennzeichnet sind, daß sie den Behörden gewisse, aus dem öffentlichen Interesse motivierten Sonderrechte, teilweise auch Pflichten, einräumen¹⁰⁴. Eine nähere Behandlung all dieser höchst komplizierten Rechtsregelungen erscheint in dieser Darstellung aus verschiedenen Gründen nicht angezeigt. Auf weiten Gebieten folgen die dem *contrat administratif* entsprechenden Rechtsvorgänge im deutschen Recht ausschließlich zivilrechtlichen Vorschriften (privatrechtliche »Hilfsgeschäfte« der Verwaltung) und es erschiene weder erforderlich noch möglich, diese Regelung durch die französisch-rechtliche zu substituieren¹⁰⁵. Wo aber dem französischen *contrat administratif* auch im deutschen Recht ein öffentlich-rechtlicher Vertrag entspricht, (z. B. Indienstnahme) liegen diese typisch öffentlich-rechtlichen Vertragsregeln im deutschen Recht schon im normativen Bereich¹⁰⁶, hat sich das deutsche Recht jedoch insoweit noch nicht ausreichend entwickelt, dann würde regelmäßig eine bloße Übernahme aus dem französischen Rechtskreis auch nicht zu befriedigenden Ergebnissen führen können.

IV. Unterabteilung — Der acte administratif als einseitig verpflichtende Regelungsbefugnis des öffentlichen Rechts.

a) Der acte administratif in Vergangenheit und Gegenwart.

Das klassische Bild des Obrigkeitsstaats begegnet uns in Frankreich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Batbie, Ducrocq, Aucoc faßten die staatliche Hoheitsgewalt in den *prérogatives de puissance publique* zusammen, deren natürliche Äußerungsform der hoheitliche Befehl, der *acte de puissance publique* war. Aufschlußreich auch vom Standpunkt der Beeinflussung des deutschen Verwaltungsrechts durch das

¹⁰² Z. B. Vedel, D. A. II, S. 595 ff.

¹⁰³ Willensmängel (*erreur, dol, violence*), Rechts- und Geschäftsfähigkeit der beteiligten Privatpersonen, also hauptsächlich die Willenseinigung betreffende Rechtsfragen.

¹⁰⁴ Die französische Behandlung folgt dabei den einzelnen Vertragsstadien, Vorbereitung des Vertrages, Vertragsabschluß, normale Vertragsdurchführung, anormale Vertragsdurchführung und zwangsweise Vertragsdurchsetzung.

¹⁰⁵ Eine Ausnahme könnte vielleicht gemacht werden für die behördliche Auftragsvergebung, für die das französische Verwaltungsrecht ein ausgefeiltes, nicht nur intern, sondern auch extern wirkendes, also normatives Vergebungssystem entwickelt hat. (*Adjudication, — ouverte oder restreinte, appels d'offres, marché gré à gré.*)

¹⁰⁶ So entspricht z. B. der *règle de continuité* im Energiewirtschaftsrecht dem § 4/II EWG, dem Prinzip des *libre accès* der § 6 EWG (Kontrahierungszwang). Für den Gesetzgeber könnten also bei der Kodifizierung eines öffentlichen Versorgungsgebietes diese französisch-rechtlichen Regelungen nicht ohne Interesse sein.

französische, schreibt Laferrière in seinem Standardwerk, dem *Traité de la Juridiction administrative*, Bd. I, S. 478: »En tant que partie du pouvoir exécutif, l'administration est dépositaire d'une part d'autorité, de puissance, qui est un attribut de ce pouvoir; à ce titre, elle se trouve vis-a-vis du particulier en position d'inégalité, jouissant de prérogatives qui excèdent les facultés des citoyens«¹⁰⁷. Dem stand das weite Gebiet gegenüber, auf dem der Staat dem Bürger gleichgeordnet, hauptsächlich durch den Abschluß von Verträgen gegenübertrat in den actes de gestion, die dem Privatrecht angehörten. Für diese Zeit gilt also die unkomplizierte Formel: Über-Unterordnungsrecht = Öffentliches Recht; Gleichordnungsrecht = privates Recht. Der acte de gestion publique, also der acte administratif fand seine Definition durch eine ganz im Sinne Otto Mayers zu verstehende Subordinations- (Supremations-) Theorie.

Eine Ausweitung des öffentlichen Rechtskreises und daher auch der Anzahl der actes administratifs brachte dann im Anschluß an das arrêt Blanco die école du service public. Ausgehend von dem unter der »théorie des actes de puissance publique« bestehenden, als zu eng empfundenen Anwendungsbereich des Verwaltungsrechts¹⁰⁸ und unter Berücksichtigung der beginnenden strukturellen Wandlungen des Verwaltungsrechts¹⁰⁹ definierte die französische Lehre den Verwaltungsrechtskreis nicht mehr von der Hoheitsbefugnis her, sondern von der Verwirklichung des Gemeinwohls (service public) her. Es ist dies die Zeit, die am besten mit unserem Begriff der Interessentheorie umschrieben werden kann.

Auch hier wahrt also das Verwaltungsrecht, sowohl von der Sicht des acte administratif als auch vom contrat administratif aus noch den einheitlichen Rechtscharakter. Dieser Homogenität des Rechtskreises hat das arrêt Terrier ein Ende bereitet. Hier gehen im französischen Verwaltungsrecht die Wege auseinander, nach denen sich die Rechtsnatur des acte administratif und des contrat administratif bestimmen. Die Rechtsnatur des Vertrages folgt im Anschluß an die conclusions von Romieu, den man ohne Übertreibung als den Schöpfer des modernen contrat administratif bezeichnen kann, einer »Interessentheorie mit starkem Einschlag der Rechtsformentheorie«. Man fragt zuerst, ob die vertragliche Regelung in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erfolgt; bei Bejahung dieser Frage prüft man weiter, ob der Vertrag auch seiner Form nach unter eine der hergebrachten Vertragstypen des Zivilrechts paßt; ist dies nicht der Fall, so ist der Vertrag öffentlich-rechtlich.

¹⁰⁷ Über die Rechtsnatur dieser Hoheitsgewalt bestand im 19. Jahrhundert ein großer Streit zwischen Duguit einerseits und Hauriou und anderen großen Verwaltungsrechtslehrern andererseits. Duguit anerkannte, von seiner strengen und jegliche juristische Fiktion ablehnenden Auffassung aus, das Individuum als Rechtsträger; da aber die Regierenden auch nur Individuen seien, müsse eine rechtliche Zuordnung von Hoheitsmacht (pouvoir de droit) an ein Staatsgebilde ausscheiden; in Frage könne vielmehr nur ein »pouvoir de fait«, allerdings »la plus grande force« überhaupt kommen, die eine »puissance de contrainte irrésistible« darstelle. Dagegen wandten sich im Anschluß an Laferrière Hauriou und nun Burdeau, *Traité de Science politique* II, S. 225 ff., dessen Standpunkt kürzlich Vedel, *Etudes et Documents du Conseil d'Etat* (1954), S. 42 auf die präzise Formel gebracht hat: »La puissance publique ne désigne pas autre chose qu'un ensemble de compétences.«

Dem pouvoir de fait Duguits setzt diese letztere Ansicht also den pouvoir de droit entgegen.

¹⁰⁸ Vgl. de Laubadère, D. A., S. 40.

¹⁰⁹ Hierüber eingehend Duguit, *Traité D. C. II*, S. 263 ff.

Hinsichtlich des acte administratif war eine solche Berücksichtigung der Rechtsform nicht erfolgt und auch gar nicht möglich, da es an einem vergleichbaren Phänomen im Zivilrecht weitgehend fehlte. Während nun aber der contrat administratif auf dem Fundament Romieus eine kontinuierliche Entwicklung genommen hat, hat der acte administratif in der Folgezeit und bis in die Gegenwart die verschiedensten Deutungen erlebt, was sich geradezu zu einer »Krise des gegenwärtigen französischen Verwaltungsrechts« ausgebildet hat¹¹⁰. Wegen dieser Schwierigkeiten, mit denen die französische Verwaltungsrechtslehre gerade heute zu kämpfen hat¹¹¹ bei der Bestimmung des öffentlichen Rechts und des V.A.s kann daher in dieser Studie nur Aufgabe sein, die Hauptgesichtspunkte anzudeuten, unter denen die französische Verwaltungsrechtslehre diese Probleme, insbes. das Wesen des acte administratif heute betrachtet. Von den verschiedenen Definitionsversuchen des acte administratif aus neuerer Zeit sind vor allem die folgenden hervorzuheben:

Nach einem Urteil des Conseil d'Etat ist acte administratif jeder individuelle oder generelle Akt einer öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Person, der zur Wahrnehmung eines service public¹¹² erlassen wurde (weite »Interessentheorie«¹¹³.)

Entgegen dieser Rechtssprechung stellt die Rechtslehre heute nicht mehr darauf ab, ob die erlassene Maßnahme zur Regelung eines service public ergangen ist.

Nach einem Teil der neueren Lehre soll es darauf ankommen, ob der in Frage stehende Akt Ausdruck staatlicher Hoheitsgewalt war (prérogative de puissance publique¹¹⁴), einige Entscheidungen verlangen eine Regelung öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen durch den in Frage stehenden Akt¹¹⁵, Eisenmann setzt sich neuerdings

¹¹⁰ Vgl. Vedel in JCP 1954, Nr. 7916 (Urteilsanmerkung zum arrêt des Conseil d'Etat im Falle Andouin): »... la crise actuelle du droit administratif français. En effet, elle (d. h.: la décision) témoigne de l'impossibilité ou l'on est de répondre simplement, clairement et avec certitude à une question cependant fondamentale: qu'est-ce qu'un acte administratif?«

Vgl. hierzu auch Rivero, Urteilsanmerkung in JCP 1952, Nr. 7211 und den Beitrag desselben Autors in Mélanges Mestre, S. 461: »Hauriou et l'avènement de la notion de service public« und derselbe noch in RDP 1953, S. 279: »Existe-t-il un critère de droit administratif?«

¹¹¹ Vgl. z. B. Eisenmann, Droit Public, Droit Privé in RDP Nr. 4 von 1952. Eisenmann behandelt eingehend die »Subordinationstheorie« und die »Interessentheorie«, sowie eine »Interventionstheorie« und entwickelt dann selbst eine an den öffentlich-rechtlich und privatrechtlich ausgerichteten Rechtsbeziehungen orientierte Theorie. Dieser Beitrag ist in der spanischen Monographie von Garrido Falla, »Las Transformaciones del Regimen Administrativo«, S. 57 ff. einer eingehenden Würdigung unterzogen.

¹¹² JCP 1942/II 2046 mit Anm. von Pierre Loroque, bestätigt durch CE in S. 1944, 3, S. 1 ff. mit kritischer Anm. von Mestre, der die Fähigkeit, V.A.e zu erlassen, auf juristische Personen beschränkt wissen wollte.

¹¹³ Man kann diese beiden Urteile aus den Jahren 1942 und 1944 geradezu als eine »renaissance der école du service public« bezeichnen. Über die Wirkung dieser Entscheidung damals vgl. Waline, D. A., S. 253: »Ceci est apparu en 1942, à l'occasion d'un arrêt du Conseil d'Etat qui fit beaucoup de bruit à l'époque... Dans l'arrêt Monpeurt précité, le Conseil d'Etat a reconnu que ces comités géraient un service public et que leurs décisions avaient un caractère administratif.«

¹¹⁴ Tribunal des Conflits, Urteil vom 10. Juli 1956 im Falle Société Bourgogne Bois. Nur Waline möchte auch neuerdings noch an einer »Interessentheorie« festhalten, wenn er als Kriterium den Begriff der »utilité publique« vorschlägt (Vorwort zum Jurisclasseur de droit administratif français).

¹¹⁵ Vgl. dazu Vedel in JCP 1952, Nr. 7910: »Qu'est-ce donc qui caractérise un acte administratif? Ce n'est pas le but de service public, ce n'est pas l'exercice de prérogatives de puissance publique. C'est, selon la jurisprudence la plus récente, le fait qu'il touche à des rapports de droit public.«

im Anschluß an Hauriou und Chapus wieder für eine Einführung der »*notion de gestion publique*« und der »*notion de gestion privée*«¹¹⁶ ein und Vedel¹¹⁷ schlägt schließlich in seinem neuen Kurzlehrbuch als Kriterium die im Rahmen von Hoheitsbefugnissen handelnde vollziehende Gewalt vor¹¹⁸.

Eine eigene Stellungnahme zu dieser hochumstrittenen Frage kann an dieser Stelle nicht gegeben werden, es fällt aber auf, daß eine Lösung mehr und mehr auf einem Wege versucht wird, der schon früher vertretenen Ansichten entspricht und mit unserer Subordinationstheorie zu vergleichen wäre. In dem Maße, in dem die Interessentheorie in den Hintergrund tritt, wird auch der Begriff des *service public* für die Bestimmung des öffentlichen Rechts von der Sicht des *acte administratif* aus an Bedeutung verlieren

b) Der *acte-condition*.

Schließlich soll noch wegen seiner allgemeinen Bedeutung an dieser Stelle kurz der Begriff des *acte-condition* untersucht werden, obwohl er für die vorstehende Studie nicht unmittelbar von Bedeutung ist.

Der *acte-condition*¹¹⁹ gründet sich auf die Tatsache, daß Gesetze und Verordnungen oft schon selbst konkrete Rechte und Pflichten aussprechen und ein von der Verwaltung in einem solchen Fall ergehender Akt nur noch die hinweisenden, ausführenden *actes*. Charakter hat und die durch die gesetzliche Regelung rechtzeitig vorgegebene Lage weder erweitert noch beschränkt. Im deutschen Verwaltungsrecht werden solche Akte regelmäßig als Verwaltungsakte aufgefaßt, was wohl daher kommen mag, daß man früher nicht die unmittelbar rechtserhebliche normative Regelung (z. B. Verbotverordnung), sondern die Vollzugswirkung des Verwaltungsakts (Hinweis an den Adressaten, er habe gegen dieses Verbot verstoßen), in den Vordergrund gestellt hat.

¹¹⁶ Eisenmann, *Régime de droit public et régime de droit privé* (Cours de droit approfondi), S. 78 ff.

¹¹⁷ Vedel, D. A. I, S. 61 ff. (»*notion de pouvoir exécutif agissant par les procédés de puissance publique*«).

¹¹⁸ Übrigens ist sich in dem einen Punkte die ganze französische Lehre einig, daß der *acte administratif* nicht nur individuellen, sondern auch generellen Regelungscharakter hat (z. B. Verordnung). Insoweit verläuft in Frankreich, das hier auch gegenüber anderen Ländern als Deutschland eine Sonderstellung einnimmt, die primäre Trennungslinie zwischen Akten der Gesetzgebung und Akten der vollziehenden Gewalt, nicht zwischen Akten mit individueller und Akten genereller Rechtswirkung.

¹¹⁹ Eingeführt in das französische Recht von Duguit, *Traité D. C. I*, S. 325 ff. und weiterentwickelt von Jèze, *Principes I*, S. 25 ff.; seitdem fester Bestandteil der französischen Lehre.

TEIL II

Der öffentlich-rechtliche Vertrag im spanischen Recht

An dieser Stelle erschien es angezeigt, anhangsweise noch den *contrato administrativo* des spanischen Rechts zu streifen, was als kurze Ergänzung der Untersuchungen Imbodens¹²⁰ über den öffentlich-rechtlichen Vertrag im französischen, italienischen, englischen, deutschen und schweizerischen Recht zu werten sei.

I. *Der contrato administrativo.*

Ganz wie der französische *contrat administratif* ist der *contrato administrativo* von einer formellen zu einer materiellen Betrachtungsweise fortgeschritten; dabei kann aber festgestellt werden, daß der *contrato administrativo* weder die Entwicklungsstufe noch die ausgefeilte substantielle Regelung des *contrat administratif* schon erreicht hat.

Ursprünglich galt in Spanien ein Vertrag als *contrato administrativo*, wenn er im Falle eines Rechtsstreits den Verwaltungsgerichten zugewiesen war¹²¹. Der *contrato administrativo* war im vorigen Jahrhundert ein Vertrag, der sich materiell-rechtlich nach Zivilrecht beurteilte, für den aber die Verwaltungsgerichte zuständig waren. Im Zuge der Entwicklung, in der die Obergerichte (öffentlich-rechtliche) Sonderregeln schufen für diese Verwaltungsgattungen¹²², erschien es dann immer mehr als eine »petition de principio«, auf die Rechtswegklauseln abzustellen und so Ursachen und Wirkung beim *contrato administrativo* zu vertauschen¹²³. So hat sich nach und nach ein materieller Begriff des *contrato administrativo* entwickelt, der sich nun seit kurzem schon aus positivrechtlichen Bestimmungen, nämlich aus den Art. 1 bis 3, insbes. aus Art. 3 des neuen spanischen Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbar-

¹²⁰ Der verwaltungsrechtliche Vertrag (1958).

¹²¹ Vgl. die — seit 1956 außer Kraft getretenen — Gesetze über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (*jurisdicción contenciosa*) vom 13. September 1888 und vom 22. Juni 1894 und 5. April 1904; hierzu Garrido Falla, *Verw. Arch.* Bd. 49, S. 158 ff. »Das neue spanische Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit.«

¹²² Bei der Entwicklung solcher Sonderregeln ist der Einfluß der *Rspr.* des *Conseil d'Etat* zum *contrat administratif* unverkennbar. Die »prerogativas a favor de la Administración« treten an die Stelle der »prerogatives de droit public«, die »cláusulas exorbitantes de derecho común« an die Stelle der »clauses exorbitantes de droit commun«; vgl. *Sentencias* vom 9. Oktober 1957; vom 20. April 1936; vom 7. Juli 1936.

¹²³ Nachweise bei García de Enterría, »La configuración del recurso de lesividad«, *RAP*, 15, S. 117 ff. Anschaulich Retordillo, *La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes*: »Este criterio (d. i. die »Rechtsweg-Theorie«) . . . ha venido a ser considerado como una especie de petición de principio, estimándose que la competencia de la jurisdicción administrativa es efecto y no causa de las peculiaridades del contrato administrativo.«

keit vom 27. Dezember 1956 ablesen läßt¹²⁴. Nach Art. 1 dieses Gesetzes sind die Verwaltungsgerichte zuständig zur Entscheidung über Ansprüche, die im Zusammenhang mit —dem Verwaltungsrecht unterstehenden— Akten (und mit unter dem Gesetz stehenden Vorschriften) geltend gemacht werden¹²⁵. Diese Generalklausel wird eingeschränkt durch Art. 2 des Gesetzes, in dem eine Reihe von Akten, die an sich unter Art. 1 des Gesetzes fallen, von der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfbarkeit ausgeschlossen werden (Fragen des Ermessens der Militärverwaltung, die politischen Akte der Regierung etc.). Der einschlägige Art. 3 Abs. a bestimmt schließlich, daß die Verwaltungsgerichte zuständig sind zur Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten »bezüglich der Erfüllung, Auslegung, Auflösung und Wirkung von Verträgen jeglicher Rechtsnatur, die von der Verwaltung abgeschlossen werden und auf öffentliche Arbeiten und Dienstleistungen jeder Art gerichtet sind«¹²⁶. Dieser Art. geht also nach Sinn und Zweck der Art. 1—3 negativ davon aus, daß es privatrechtliche — nicht öffentliche Arbeiten und Dienstleistungen betreffende — Verträge öffentlich-rechtlicher Körperschaften gibt, für die die Zivilgerichte zuständig sind. Des weiteren ist diesem Art. aber positiv zu entnehmen, daß die zur Verfolgung öffentlicher Arbeiten und Dienstleistungen abgeschlossenen Verträge der Verwaltung öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Charakter haben können, da von Verträgen »jeglicher Rechtsnatur« die Rede ist, womit sinnvollerweise nur die »naturaleza publica« oder »privada« der entsprechenden Verträge gemeint sein kann¹²⁷. Die Rechtsnatur der *contratos administrativos* bemißt sich nach alledem vor allem nach zwei Kriterien: Einmal sind Bereiche maßgebend (öffentliche Arbeiten und öffentliche Dienstleistungen), des weiteren dann aber spezielle Vertragsklauseln (*cláusulas exorbitantes*), deren Zusammenstellung wie überhaupt die Lehre vom *contrato administrativo* ganz allgemein in unverkennbarer Anlehnung an das französische Recht erfolgt.

II. Der *acto administrativo* im spanischen Recht.

Wie in Frankreich, so wird auch in Spanien das Verwaltungsrecht als ein »*derecho de prerogativas*«, als ein Recht der staatlichen Hoheitsmacht verstanden. Der Komplex der Exekutivgewalt teilt sich auf in die drei Hauptbefugnisse der (individuellen) Befehlsgewalt (Kommandogewalt), der (generellen) Befehlsgewalt (Reglementierung) und der Sanktionsgewalt (*podestad correctiva*), die sich ihrerseits wieder in

¹²⁴ Vgl. hierzu insbes. Garrido Falla a. a. O.

¹²⁵ Span. Text: »Pretensiones que se deduzcan en relacion con los actos de la Administracion publica sujetos al Derecho administrativo, y con las disposiciones de carácter inferior a la ley.«

¹²⁶ Span. Text: »Cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolucion y efectos de los contratos que la Administracion celebre, cualquiera sea su naturaleza, siempre que tuvieran por finalidad obras y servicios publicos de toda especie.«

¹²⁷ Vgl. hierzu Retordillo a. a. O., S. 159: »... cuando la Ley senala que la jurisdiccion conoce de los contratos de la Administracion cualquiera que sea su naturaleza — siempre que tengan por finalidad obras y servicios de toda especie, implicitamente se reconoce en relacion con los contratos privados, que hay a) contratos privados de la Administracion que no tienen por finalidad obras y servicios publicos, y que por lo tanto de ellos no conoce la jurisdiccion contenciosa y a los que no se refiere la ley; y b) contratos privados de la Administracion que tienen por finalidad obras y servicios publicos y de los que por lo tanto, de acuerdo con el texto de la ley, conoce la jurisdiccion contenciosa.«

eine Reihe von Einzelbefugnissen unterteilen¹²⁸. Die Gesamtheit dieser prerogativas, also der »poder administrativo« bildet den Bereich des öffentlichen Rechts.

Wie schon im französischen Recht besteht also auch in Spanien diese zweispurige Definition des öffentlichen Rechts, je nachdem, ob es um die Rechtsnatur eines Vertrages (kombinierte Interessen- und Rechtsformentheorie oder um die Rechtsnatur eines einseitig verbindlichen Aktes der Verwaltungsbehörden geht (Subordinationstheorie). Aus diesem Grunde soll denn auch in Teil IV der Abhandlung der Rechtsvergleich mit der französisch-rechtlichen Regelung erfolgen; die dortigen Ausführungen gelten im wesentlichen entsprechend auch für das spanische Recht.

Dies bedeutet jedoch keineswegs, daß das spanische Verwaltungsrecht ein Ableger des französischen sei. Das spanische Verwaltungsrecht weist starke französische (Santamaria), deutsche (Posada) und italienische (Royo-Villanova) Einflüsse auf und zeigt in jüngster Zeit auch stärkere eigenständige Entwicklungstendenzen (Garrido Falla, *Transformaciones del Regimen administrativo*, wo aber auch z. B. der Einfluß Forsthoffs unverkennbar ist).

So sei hier ein Unterschied zum französischen Verwaltungsrecht hinsichtlich des wichtigsten Instituts des Verwaltungsrechts, des VA.s, kurz in folgenden Punkten aufgezeigt:

Im Gegensatz zum französischen Recht fällt unter den Begriff des VA.s nur die hoheitliche Regelung für den Einzelfall, nicht auch die generell-abstrakte Regelung (VO etc.). Insoweit entspricht das spanische Recht dem deutschen und der Mehrzahl der anderen Verwaltungsrechte.

Weiter bestand im spanischen Recht nie die Schwierigkeit, die im französischen Verwaltungsrecht der Begriff des *service public* mit sich brachte. Im Gegensatz zu Frankreich erkannte die spanische Verwaltungsrechtslehre fast ausnahmslos klar¹²⁹, daß der Begriff *service public* nicht als Kriterium zur Bestimmung des öffentlichen Rechts dienen konnte; daher gab es im spanischen Recht auch keine »Interessentheorie«. Der Wert des *service public* wurde demgegenüber frühzeitig für die funktionelle Betrachtung der Dinge entdeckt. *Servicio publico* ist die Gesamtheit der im Interesse der Öffentlichkeit wahrgenommenen Verwaltungstätigkeit; eine Aussage über die Rechtsform, in der diese Handlung erfolgt, ist damit noch nicht getroffen. Diese gedankliche Trennung von Tätigkeit und Rechtsform führte kürzlich Garrido Falla zu sehr interessanten Ergebnissen, wie sie zum Teil übrigens zur gleichen Zeit auch bei Bachof, VVDStRL 12, S. 39 angeklungen waren (Unterscheidung von formellen und materiellen Rechtsstaat¹³⁰. Falla (aaO S. 28 ff) verwendet die auch uns bekannte Trennung von Aufgaben und Befugnissen; der besondere Reiz liegt aber dabei darin, daß er die Aufgaben mit den *servicios publicos* gleichsetzt und die

¹²⁸ García de Enterría erläutert z. B. die Enteignungsgewalt als einen Unterfall der Kommandogewalt (»Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa«).

¹²⁹ Vgl. die Auseinandersetzung Royo-Villanovas I, S. 18 mit Duguit und Hauriou; stark von Duguit beeinflusst indessen Gascon y Marin, *Tratado I*.

¹³⁰ Garrido Falla, *Las Transformaciones del Regimen administrativo*, S. 23: »Tendencia de la moderna Administracion a convertirse en realizadora de la Justicia material.«

prerogativas mit den Befugnissen. Hinsichtlich der prerogativas könne von einer »Institutionalisierung der Exekutivgewalt« gesprochen werden, die den bestmöglichen Mittelweg zu gehen habe zwischen einem Zuviel an Staatsgewalt und einem Zuviel an bürgerlicher Freiheit¹³¹. (Synthese zwischen prerogativas und libertades).¹³²

¹³¹ Garrido Falla a. a. O. S. 30: »Toda institucion de la libertad o la propiedad del particular y, al mismo tiempo, de la prerrogativa de la Administracion para limitarlas.« Und S. 28: »El concepto de soberania sigue siendo indispensable para la explicacion de la actividad total del Estado, porque, naturalmente, una cosa es que el Estado se dirija a la prestacion de servicios publicos y otra es explicar como el Estado tiene potestad y prerrogativas suficientes para la realizacion de esos servicios. Es decir, que el poder, dejando de ser un poder de hecho, encuentra su ultima justificacion en la idea de servicio publico.« Und S. 29: »El concepto de servicio publico en este sentido funciona fundamentalmente como limitacion a la par que como justificacion del concepto de soberania.«

¹³² Tatsächlich scheinen diese Gedankengänge einen Weg zu weisen, der zur Überwindung des vor allem auf die Eingriffsverwaltung zugeschnittenen Denkschemas des formellen Rechtsstaats führen könnte, das jedenfalls in der Form, in der es uns von O. Mayer überbracht ist, nicht mehr aufrecht erhalten werden kann. Man sollte sich nämlich einmal *den* Rechtsstaat, also losgelöst von den formellen Gesetzen des einzelnen Landes, vorstellen; in einem solchen Rechtsstaat käme, einmal abgesehen von der richterlichen Gewalt, eine Aufteilung der Staatsmacht in Legislativ- und Exekutivgewalt in Frage. Auch in diesem Stadium lassen sich bei der Exekutive schon Aufgaben und Befugnisse scheiden. Diese gedankliche Abstraktion ermöglicht es dann, die gleichen Begriffe in der jeweiligen positivrechtlichen Ordnung besser zu trennen. Gerade in der deutschen Staatsrechtslehre wurde ja das (formelle) Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung derart in den Vordergrund gestellt, daß die (materiellen) Zusammenhänge mit dem Gewaltenteilungsprinzip verloren gingen (Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 8).

TEIL III

Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen Recht

A) Zulässigkeit und Definition öffentlich-rechtlicher Verträge.

I.) Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge.

Das Institut des öffentlich-rechtlichen Vertrages war in der deutschen Verwaltungsrechtsliteratur seit jeher Gegenstand der unterschiedlichsten Betrachtungen. Insbesondere hinsichtlich der Zulässigkeit dieses Vertrags — ein Problem, auf dem durchwegs der Schwerpunkt der einzelnen Untersuchungen lag — reichen die Ansichten von einer kategorischen Ablehnung (O. Mayer) bis zu einer nahezu schrankenlosen Bejahung (z. B. Laband). Daß es zu solch differenzierenden Stellungnahmen kommen konnte, ist nur daraus zu erklären, daß die einzelnen Lehrmeinungen von ganz unterschiedlichen dogmatischen Grundlagen hinsichtlich der Zulässigkeit von Verwaltungshandlungen und -formen, in einem weiteren Sinne also von der Stellung der zweiten Gewalt im Staate überhaupt, ausgingen. Nur unter Berücksichtigung dieser verschiedenartigen dogmatischen Ausgangspunkte kann daher überhaupt versucht werden, die wesentlichsten, die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages betreffenden Meinungen systematisch darzustellen.

1.) Umfassende Ablehnung des öffentlich-rechtlichen Vertrages.

Zu einer begrifflichen Unmöglichkeit des Vertrages im öffentlichen Recht kommt O. Mayer in seinem Aufsatz „Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag“¹. O. Mayer baute sein verwaltungsrechtliches System auf einer umfassenden Überordnung des Trägers öffentlicher Gewalt über die Einzelperson auf (allgemeines Gewaltverhältnis); Platz für den eine begriffliche Gleichberechtigung verlangenden Vertrag blieb in diesem System der hoheitlichen Über-Unterordnung nicht mehr². Nur zwischen gleichgeordneten Körperschaften des öffentlichen Rechts bejaht O. Mayer im Prinzip die Möglichkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertragsabschlusses.

¹ AöR., Bd. 3, S. 1—86 (1888).

² a. a. O. S. 42: Der Vertrag setze gleichgeordnete Subjekte voraus, Gleichberechtigung gebe es aber nur auf dem Boden des Völkerrechts und des Zivilrechts, das innerstaatliche öffentliche Recht sei von der allgemein einseitig bindenden Kraft des Staatswillens beherrscht, darum seien »wahre Verträge des Staates auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts überhaupt nicht denkbar«; und O. Mayer, Verwaltungsrecht II, S. 683: »Die äußere Gestaltung eines Vertrages ist da, der Kern und besondere Wert eines solchen fehlt.«

³ Dazu jetzt Apelt: »... In diesem letzteren Falle will er (O. Mayer) den Gebrauch der Bezeichnung Vertrag ... nicht beanstanden, er sucht aber diese Rechtsbeziehung um ihren Wesenskern zu bringen, indem er diesen Vereinbarungen die bindende und verpflichtende Kraft bestreitet.«

ses, versucht aber auch hier, den Rahmen jener Verträge möglichst eng zu ziehen³. Zu einer Zeit, in der in Frankreich der *contrat administratif* gerade seine eigentliche, auch heute noch bestimmende Form annahm⁴, verbaute O. Mayer, den man gerne und mit Recht als den Vater der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft bezeichnet⁵, dem öffentlich-rechtlichen Vertrag somit kategorisch die Zukunft und Bedeutung, die ihm in unserem westlichen Nachbarland beschieden war.

So leugnete z. B. im Anschluß an O. Mayer Karl Kormann⁶ die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Hoheitspersonen und denen, die ihnen untergeordnet sind, da es infolge mangelnder Gleichordnung „begrifflich unmöglich“ sei, Verträge abzuschließen. Nur zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern läßt Kormann öffentlich-rechtliche Verträge auf Grund „besonderer gesetzlicher Anerkennung“ zu.

2.) Die die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages bejahenden Ansichten.

Bei aller Bedeutung, die O. Mayer für das System der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft hatte, erwachsen jedoch seiner Lehre von einer umfassenden Ablehnung des Vertrages im öffentlichen Recht bald zahlreiche Gegner. Hinsichtlich der von diesen dazu angeführten mannigfaltigen Begründungen ist es dabei jedoch fast unmöglich, eine systematische Darstellung zu geben. Grob gesehen gehen die Beweisführungen einerseits vom Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und einer mehr oder weniger ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage aus, andere stellen demgegenüber mehr Zweckmäßigkeits- und Nützlichkeitsabwägungen in den Vordergrund⁷. Dabei werden i. d. R. an die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Über-Unterordnungsverhältnis strengere Anforderungen gestellt als an Verträge zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern.

Die „normative“ und die „utilitaristische“ Richtung sahen sich gleichermaßen vor die schwierige Aufgabe gestellt, zwingendes und dispositives⁸ Verwaltungsrecht

³ Insbes. durch die *arrêts Blanco* (1873) und *Terrier* (1903). — O. Mayer hatte noch im AöR. 3, S. 15—26 die Existenzberechtigung des öffentlich-rechtlichen Vertrages gerade unter Heranziehung des französischen Rechtszustandes bestritten, a. a. O. S. 23: »So stellt sich der ganze Verlauf des Rechtsverhältnisses dar als eine Reihe von obrigkeitlichen Verfügungen, die über den anderen Contractanten, für und gegen ihn ergehen . . . Der . . . *contrat administratif* ist von Seiten des Staates ein Verwaltungsakte«, und S. 26: »... es wäre unnütz, sich dagegen steifen zu wollen.« Heute wäre eine solche Argumentation undenkbar, denn die behördlichen Kontrollrechte, die Rechtsgrundsätze über die Anpassung des *contrat administratif* an veränderte Umstände und andere von der Rechtsprechung entwickelten Vertragsregeln werden nicht als »obrigkeitliche Verfügungen«, sondern allseits als vertragliche Vereinbarungen, Anwendung einer durch das öffentliche Interesse besonders geprägten *clausula rebus sic stantibus* usw. verstanden, (vgl. de Laubadère, *Contrats I*, S. 23 ff.). Die geschichtliche Entwicklung hat also O. Mayers Argumentation in diesem Punkt glatt widerlegt.

⁴ Apelt, AöR. Bd. 54, S. 251.

⁵ Kormann, *System*, S. 30.

⁷ Darauf fußend die Einteilung Sterns (S. 114) in eine »normative« und eine »utilitaristische« Richtung.

⁸ Grundlage hierzu bildete vor allem der Artikel Bülow's »Dispositives Civilprozeßrecht und die Verbindlichkeit seiner Wirkung«, *Arch. civ. Prax.*, Bd. 64, S. 88 f. (1881).

zu trennen, denn daß es Verwaltungsrechtssätze gab, die nur eine Regelung in Form hoheitlicher Anordnungen zulassen, wurde allseits anerkannt⁹ und selbst ein so entschiedener Befürworter des öffentlich-rechtlichen Vertrages wie Apelt will die Grenze der Zulässigkeit dort gezogen wissen, wo „die Verwaltung durch das Gesetz verpflichtet wird, zu ordnende Rechtsbeziehungen zwischen ihr und dem Staatsbürger oder zwischen einzelnen ihrer Gewalt unterworfenen Personen durch hoheitliche Willensentschließung zu regeln“¹⁰. Über die Dispositivität von Verwaltungsrechtssätzen herrschten jedoch allseits unterschiedliche Ansichten und wenn man berücksichtigt, daß auch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung keineswegs immer eine gleichlautende Deutung erfuhr, mag man erfassen, zu welch abweichenden Ergebnissen die einzelnen Befürworter des öffentlich-rechtlichen Vertrages kamen. —

Von den Vertretern der Ansicht, die einen öffentlich-rechtlichen Vertrag nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage zulassen, sind vor allem E. Loening¹¹ und Erich Kaufmann¹² zu nennen.

Fleiner läßt öffentlich-rechtliche Verträge unter gleichberechtigten Selbstverwaltungskörperschaften zu auf Grund „gesetzlicher Ermächtigung oder kraft alten Gewohnheitsrechts und unter Zustimmung der staatlichen Aufsichtsinstanz“¹³, im Rahmen eines Über-Unterordnungsverhältnisses in den Fällen, „in denen Gesetz oder Gewohnheitsrecht die Vertragsform zugelassen und dadurch auf die einseitige Regelung eines Rechtsverhältnisses verzichtet haben“. Allerdings, so führt Fleiner aus, handele es sich bei den „öffentlich-rechtlichen Verträgen der Praxis“ meist um einseitige Verfügungen, deren Rechtmäßigkeit bedingt sei durch die Zustimmung des Betroffenen, da nur selten „der Wille jeder Partei gleichen Einfluß“ habe. Damit nimmt Fleiner eine von O. Mayer begründete und von W. Jellinek weiterentwickelte Lehre auf¹⁴, die in modifizierter Form auch noch die heutige Verwaltungsrechtslehre beherrscht¹⁵.

Paul Schoen¹⁶ bejahte schon 1914 zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge, forderte jedoch für öffentlich-rechtliche Verträge mit Gewaltunterworfenen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg von 1931, von

⁹ Abgesehen einmal von sehr frühen »Utilitaristen« wie Max von Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, S. 51 und Laband; die Ausführungen von Seydels muten uns heute absolutistisch-monarchisch an: »Wo der Herrscher annehmen kann, daß er auf dem Wege freiwilligen Übereinkommens sich genügende Leistungen für das allgemeine Interesse sichern werde, wird er keine gesetzliche Verbindlichkeit aufstellen, sondern dem Verträge Spielraum lassen.«

¹⁰ AöR. Bd. 54, S. 254, Anm. 15 und verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 161 ff.

¹¹ Lehrbuch, S. 245 f.

¹² Artikel Verwaltung und Verwaltungsrecht in Stengl-Fleischmanns Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 3, S. 715.

¹³ Institutionen, S. 209 ff.

¹⁴ VA. auf Unterwerfung und zweiseitiger VA., vgl. unten S. 51.

¹⁵ Mitwirkungsbedürftiger VA., vgl. Forsthoff, Lehrbuch S. 194 ff., zum ganzen eingehend Bacchi, VA. auf Unterwerfung, zweiseitiger VA. oder Vertrag? Zeitschr. für öffentliches Recht, Bd. 14, S. 62 ff., 88 ff.

¹⁶ Deutsches Verwaltungsrecht, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 4, S. 259 f.

vielen¹⁷ als eine kodifikatorische Zusammenfassung des damals geltenden, von Lehre und Rechtssprechung herausgearbeiteten allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts angesehen, sah in Art. 47 vor: „Durch Verträge können Rechtsverhältnisse begründet oder verändert werden, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen.“¹⁸

Für eine grundsätzliche Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags entscheidet sich auch die gegenwärtige Verwaltungsrechtsliteratur¹⁹.

H. J. Wolff²⁰ läßt öffentlich-rechtliche Verträge im Koordinationsverhältnis grundsätzlich zu, im Subordinationsverhältnis, „soweit die Träger öffentlicher Verwaltung innerhalb ihres besonderen hoheitlichen Kompetenzbereiches rechtlich nicht zu einseitig anordnender Regelung eines Lebenssachverhalts gezwungen sind“, führt jedoch unter Hinweis auf die abweichenden Ansichten von Huber²¹, Stern²² und Imboden²³ ausdrücklich aus, daß solche öffentlich-rechtlichen Verträge auch ohne gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Ermächtigung zulässig sind.

Forsthoff²⁴ begegnet den dogmatischen Hindernissen, wie sie O. Mayer für die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages entwickelt hatte, mit einem Hinweis auf die Anforderungen der Verwaltungspraxis. Er zieht aber dann dem öffentlich-rechtlichen Vertrag wichtige Grenzen; unter Hinweis auf den Gleichheitssatz empfiehlt er den Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge hauptsächlich zur Regelung atypischer Tatbestände, für dasjenige, „was aus der Norm fällt“²⁵, im Über-Unterordnungsverhältnis verbiete sich die Anwendung des öffentlich-rechtlichen Vertrages dort, „wo die Gesetze die Behörden mit hoheitlichen Befugnissen zur Erfüllung ihrer typischen Aufgaben ausgestattet haben“, denn das hoheitliche Befugnisse regelnde Gesetz sei nicht nur in dem Sinne zwingend, daß es die Behörden an Art und Ausmaß der Befugnisse binde, sondern es zwingt auch die Behörden, die ihnen übertragenen Aufgaben mit den gesetzlichen Mitteln und keinen anderen wahrzunehmen.

Die beiden Abhandlungen aus letzter Zeit von Stern und Imboden stehen auf dem Boden strenger Rechtsstaatlichkeit. Stern aaO. spricht sich für eine Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags im Über-Unterordnungsverhältnis nur auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage aus, da die hoheitliche Anordnung (VA) grundsätzlich die einzige Regelungsform zur Gestaltung dieser Rechts-

¹⁷ Stern, S. 119, Apelt, AöR. 54, S. 255.

¹⁸ Wörtlich übereinstimmend der Entwurf von 1936.

¹⁹ Eine gute Zusammenstellung von neueren Entscheidungen findet sich bei Landmann-Giers-Proksch, S. 130 ff.

²⁰ Verwaltungsrecht, S. 221 f.

²¹ Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 57 f.

²² Stern, S. 143 ff.

²³ Imboden, S. 211 ff.

²⁴ Verwaltungsrecht, S. 250 ff.: »... kann es nicht angehen, dem Vertrag das Heimatrecht im Verwaltungsrecht abzusprechen, wie das geschehen ist. Das heißt, der Rechtswissenschaft einen schlechten Dienst erweisen, die vor Rechtserscheinungen, die fest in Brauch und Übung stehen, nicht kapitulieren darf, will sie nicht den Zusammenhang mit der Rechtswirklichkeit verlieren.«

²⁵ a. a. O. S. 252.

beziehungen sei²⁶ und läßt ohne eine solche ausdrückliche gesetzliche Grundlage nur öffentlich-rechtliche Verträge im Koordinationsverhältnis zu, „wenn der Gesetzgeber einen Ermessensbereich seiner legislatorischen Ansichten einräumt“. Ähnlich verneint Imboden aaO. die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags auf den Gebieten der Eingriffs- und Leistungsverwaltung. Der Bereich der Eingriffsverwaltung sei abschließend rechtssatzmäßig normiert, einer rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeit sei dieser Bereich daher nicht zugänglich. Bei der Daseinsvorsorge verbiete sich der öffentlich-rechtliche Vertrag, da auch dieser Bereich der Verwaltungstätigkeit unter dem Prinzip der normativ-rechtssatzmäßigen Durchnormierung stehe und der Gleichheitssatz der rechtsgeschäftlichen Einräumung von Vergünstigungen ebenso entgegenstehe wie der rechtsgeschäftlichen Übernahme zusätzlicher Lasten. Für eine Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages spricht sich demgegenüber der Verfasser auf dem Gebiete des Organisationsrechts, im Bereich der „öffentlich-rechtlich geordneten administrativen Hilfstätigkeit“ und in einigen anderen Fällen aus²⁷.

Weiter kommt diese strenge Rechtsstaatlichkeit zum Ausdruck in zwei Urteilen des BVerwG aus den Jahren 1956 und 1957; die Ausführungen des BVerwG in NJW 1957, S. 555 ff. sollen, da sie die streng normative Ansicht klar widerspiegeln, wörtlich wiedergegeben werden: „Es gibt keinen allgemeinen Satz des Inhalts, daß durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung die Grenzen (zwischen öffentlich-rechtlichem Bereich, in dem die Verwaltung hoheitlich vorgehen kann und privater Rechtssphäre des Bürgers) verschoben werden könnten, sei es zugunsten des Bürgers, sei es zugunsten der Verwaltung. Es gibt auch keinen allgemeinen Satz des Inhalts, daß die Ausübung der staatlichen Gewalt durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung anders geregelt werden könne, als durch das Gesetz vorgeschrieben, es sei denn, daß im Gesetz selbst solches ausdrücklich zugelassen worden ist.“²⁸ Von mehr „utilitaristischen“ Erwägungen geht schließlich in der dritten, 1958 erschienenen Abhandlung über den öffentlich-rechtlichen Vertrag Salzwedel aus²⁹, der neben einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage auch dann für eine Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages eintritt, wenn der Abschluß eines

²⁶ Stern, S. 145 f.

²⁷ Imboden, S. 128 ff.

²⁸ Vgl. dazu die eingehende, sich vor allem mit der Wandlung des Gesetzesbegriffes befassende Anm. von Forsthoff in DVBl. 1957, S. 725: »Aber nicht nur die veränderte Beziehung des Einzelnen zum Staat, sondern auch eine strukturelle Veränderung des Gesetzes selbst ist bei diesen Überlegungen in Rechnung zu stellen. Die für den Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts zutreffende Kennzeichnung des Gesetzes dahin, daß im Gesetz die Regelung der Eingriffe in Freiheit und Eigentum vorbehalten sei, entspricht nicht mehr der Realität des modernen Staates. Zunächst entziehen sich dieser Kennzeichnung die zahlreichen Gesetze, welche nicht Eingriffe, sondern Leistungen des Staates zum Gegenstande haben. Vor allem aber nötigt die allgemeine Intensivierung der staatlichen Funktionen, welche die Folge der wechselseitigen Durchdringung von Staat und Gesellschaft ist, daß die Gesetze die Grenzen hoheitlichen Vermögens des Staates nicht nur im Interesse der (als bestimmbar zu denkenden) Freiheitssphäre des Einzelnen, sondern vor allem als Ausdruck einer verbindlich gemeinten öffentlichen Ordnung unverrückbar bestimmen. In dem Maße, in dem Gesetzgebung und Verwaltung sich ausdehnen und damit notwendigerweise komplizierter werden, gewinnt das Gesetz als *Regulativ der Sozialabläufe* an Bedeutung. Als solches funktioniert es aber um so zuverlässiger, wenn es abstrakt bindet.«

²⁹ Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages.

solchen Vertrages auf Grund einer anormalen Interessenlage erforderlich erscheine. Als solche Interessenlagen erkennt Salzwedel an die Ungewißheit der Beteiligten über das Bestehen oder den Inhalt einer Rechtslage, ferner das Interesse der Verwaltung an der Erlangung einer Gegenleistung für eine zu gewährende Leistung und schließlich das Erfordernis einer rechtlichen Grundlage für eine von den Vertragspartnern gemeinsam angestrebte öffentliche Einrichtung³⁰.

II.) Definition und Wesen öffentlich-rechtlicher Verträge.

Die Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages wurde in der deutschen Verwaltungsrechtsliteratur als etwas so Selbstverständliches angesehen, daß man oft auf sie verzichten zu können glaubte³¹, in anderen Fällen sich auf eine lapidare Formulierung beschränkte³². Das bedeutet aber keineswegs, daß eine weitverbreitete Lehre einheitliche Vorstellungen über das Wesen des öffentlich-rechtlichen Vertrages habe, sondern die Meinungen gehen insoweit erheblich auseinander. Grundsätzlich lassen sich dabei zwei Problemgruppen unterscheiden, nämlich einmal die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrags von hoheitlichen Akten, zum anderen die Trennung des öffentlich-rechtlichen Vertrags vom privat-rechtlichen. Von diesen beiden Seiten her hatte O. Mayer, wie schon erwähnt, der Existenz des öffentlich-rechtlichen Vertrages ein schier unüberwindliches Hindernis entgegengesetzt. Von seiner Subjektionstheorie ausgehend, sah er einerseits die hoheitliche Anordnung als einzige mögliche Regulationsform des öffentlichen Rechts an und verwies gleichzeitig kategorisch jede vertragliche Abmachung in den Bereich des Privatrechts. Diese Argumentation, die z.B. noch Apelt in seiner Abhandlung über den verwaltungsrechtlichen Vertrag dazu veranlaßt hatte, von der Subjektionstheorie abzurücken und sich der Interessentheorie zuzuwenden, darf aber — so stark sie die Lehre in der Vergangenheit beeinflußt haben mag — als überwunden bezeichnet werden. So wurde 1958 z.B. gleich in drei verschiedenen Arbeiten nachgewiesen, daß es sich sehr wohl zwischen einem allgemeinen (abstrakten) Subordinationsverhältnis und einem konkreten, auf den Vertragsgegenstand bezogenen Koordinationsverhältnis unterscheiden läßt³³. Schließt z.B. der Eigentümer A mit der Stadt X einen Expropriationsvertrag ab, so handelt die Stadt zwar als Hoheitsträgerin, trotzdem steht sie A im Rahmen des Kontraktes gleichgeordnet gegenüber.

Durch diesen „dogmatischen Kunstgriff“ wird nun zwar die Existenzberechtigung

³⁰ Salzwedel a. a. O. S. 119 ff.

³¹ z. B. Wolff, Verwaltungsrecht, § 44/1; Eyermann-Fröhler, Anm. A 12 c aa zu § 22; Jellinek, S. 253.

³² Forsthoft, Verwaltungsrecht, S. 255: »Der öffentlich-rechtliche Vertrag wird dadurch gekennzeichnet, daß er sich auf Gegenstände des öffentlichen Rechts bezieht.« Vgl. dazu schon RGZ. 166, 1 und 162, 162 und Bayer. VGH. n. F. 5, IV, S. 25 f. Ausführlicher Landmann-Giers-Proksch, S. 130: »Öffentlich-rechtliche Verträge sind also solche Verträge, die der Begründung, Abänderung oder Aufhebung von öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen dienen, also unmittelbar öffentlich-rechtliche Wirkung haben.«

³³ So mit abweichenden Formulierungen, im Ergebnis jedoch bemerkenswert übereinstimmend: Imboden, S. 40; Salzwedel, S. 83; Stern, S. 143 ff. und AöR. 54, S. 277; ferner Wolff, Lehrbuch, § 44. Forsthoft, Verwaltungsrecht, S. 254.

des Vertrages im öffentlichen Recht gesichert, eine Lösung der Abgrenzung zur hoheitlichen Anordnung und der schwierigen Trennung vom privat-rechtlichen Vertrag wird dadurch jedoch nicht erzielt.

1.) Öffentlich-rechtlicher Vertrag und hoheitliche Anordnung.

Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages von der hoheitlichen Anordnung gründet sich auf die Erkenntnis, daß der Vertrag Ausdruck einer auf gleichwertigen korrespondierenden Willenserklärungen beruhenden Einigung³⁴ ist, während die hoheitliche Anordnung sich als Ausdruck eines einseitig verbindlichen Ausspruchs einer Behörde darstellt. Diese Erkenntnis vermittelt befriedigende Ergebnisse bei der Abgrenzung des Vertrages vom „gewöhnlichen“ VA, regelmäßig auch bei der Trennung vom VA mit Bedingungen und Auflagen. Etwas schwieriger ist jedoch die Unterscheidung vom sog. „zweiseitigen VA“, obwohl es auch hier nicht gerechtfertigt ist, im Vergleich zur Trennung des öffentlich-rechtlichen Vertrags vom privat-rechtlichen wie Imboden zu fordern, daß die „primäre Grenze zwischen Verfügung und Rechtsgeschäft zu ziehen“³⁵ sei.

Zur Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages von diesen VA.en empfiehlt es sich, von einem allgemeinen Schema wichtiger Verwaltungshandlungen auszugehen. Man kann die individuell-verbindlichen Regelungsformen der Verwaltung auf einer „Skala“ zusammenfassen. Auf dieser haben ganz links der einseitige VA und der VA mit Bedingungen und Auflagen ihren Platz. Daran schließt sich der von O. Mayer geschaffene VA auf Unterwerfung³⁶, der nur auf Antrag oder mit Zustimmung des Beteiligten ergehen darf, der aber nicht nichtig ist, wenn er einmal ohne rechtswirksame Mitwirkung des Beteiligten zustandekam. An den VA auf Unterwerfung schließen sich die auf W. Jellinek³⁷ zurückgehenden „mitwirkungsbedürftigen“ VA.e. Es handelt sich hier um die zahlreichen Fälle, bei denen in der rechtswirksamen Mitwirkung des Betroffenen eine strikte Gültigkeitsvoraussetzung des Verwaltungshandelns liegt (Beispiele: Beamtenernennung, Einbürgerung, Genehmigung, etc.). An diese hoheitlichen Regelungsbefugnisse schließen sich die vertraglichen, und zwar zuerst der öffentlich-rechtliche Vertrag und schließlich der privat-rechtliche.

Der wesentliche Unterschied des VA.s auf Unterwerfung und des mitwirkungsbedürftigen VA.s vom öffentlich-rechtlichen Vertrag liegt darin, daß bei den beiden hoheitlichen Anordnungen der behördliche Ausspruch im Gegensatz zum Vertrag von sich heraus Verbindlichkeit äußert, wobei beim VA auf Unterwerfung

³⁴ So klar Apelt, AöR. 54, S. 253: »Das Wesen des Vertrages kann im Verwaltungsrecht begrifflich kein anderes sein als im Privatrecht, nämlich die Vereinigung zweier oder mehrerer Willens erklärungen, die mit Beziehung aufeinander abgegeben und auf die Herbeiführung einer rechtlichen Wirkung gerichtet sind.«

³⁵ Imboden, S. 121.

³⁶ Verwaltungsrecht I, S. 98, II, S. 221 ff.

³⁷ Zweiseitiger VA. und VA. auf Unterwerfung, Festgabe für das Pr. OVG. 1925, S. 84 ff. und Verwaltungsrecht, S. 249 ff.

der Antrag des Betroffenen als Sollerfordernis, beim mitwirkungsbedürftigen VA als Rechtsbedingung der Gültigkeit betrachtet wird³⁸. Öffentlich-rechtlicher Vertrag und antragsbedürftige VA.e liegen, was die Rechtserheblichkeit und Gleichwertigkeit der vom Betroffenen geäußerten Willenserklärung betrifft, nicht weit auseinander; dies hat z. B. Zwahlen veranlaßt, diese antragsbedürftigen VA.e als verkappte öffentlich-rechtliche Verträge zu bezeichnen³⁹.

Die Lehre vom zweiseitigen VA und vorher schon die Lehre vom VA auf Unterwerfung stellen einen Konstruktionsversuch dar, um gewisse vertragsähnliche Mitwirkungshandlungen dem als hoheitlich aufgefaßten Gewaltverhältnis dogmatisch einzuordnen. Dieser Konstruktionsversuch ist jedoch von der Verwaltungsrechtslehre positiv aufgenommen worden, so daß heute der VA auf Unterwerfung und vor allem der zweiseitige VA (mitwirkungsbedürftiger VA) als fester Bestandteil der Lehre vom VA bezeichnet werden können⁴⁰.

2.) Die verpflichtende Kraft des öffentlich-rechtlichen Vertrages.

In diesem Zusammenhang soll auch die Frage behandelt werden, worauf die verpflichtende Wirkung des öffentlich-rechtlichen Vertrags beruht. Dieses Problem hat zwar in einer rechtssatzmäßig durchnormierten Rechtsordnung nur untergeordnete Bedeutung, denn — die gedankliche Trennung von Verbindlichkeit und Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags vorausgesetzt — jedenfalls kann ein Vertrag dort keine verpflichtende Wirkung entfalten, wo er gegen geltendes Recht (Gesetz, Gewohnheitsrecht) verstößt, andererseits beinhaltet eine gesetzliche Ermächtigung zum Vertragsschluß auch dessen verpflichtende Wirkung. Immerhin wurde diese Frage eingehenden Untersuchungen unterzogen⁴¹ und weiter bietet sich hier ein geeigneter Ansatzpunkt für die den Rahmen der Zulässigkeit des Vertrages betreffenden Betrachtungen über das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Dispositivnormen, usw., die im Teil III noch näher zu prüfen sein werden.

Die bindende Kraft des Konsenses wird in den einschlägigen Arbeiten mit inhaltlich verschiedenen Argumenten belegt, wobei die Darstellungen im wesentlichen aber zu gleichen Ergebnissen kommen.

³⁸ Vgl. hierzu insbes. Apelt, S. 74 ff. (100, 107), Imboden, S. 87, Forsthoff, S. 194. Salzwedel, S. 47 schlägt nun zur Unterscheidung zwei Anhaltspunkte vor, die aber wohl nur verwertbar sind bei Übernahme des ganzen von Salzwedel entwickelten Systems; nach seiner Ansicht soll ein Vertrag dann vorliegen, wenn die übergeordnete Behörde in einer anomalen Interessenlage, zur Erlangung einer dringlichen Leistung (S. 45) oder zur Gestaltung eines streitigen Rechtsverhältnisses gehandelt (S. 44) hat.

³⁹ So schreibt zutreffend Zwahlen, S. 515 a: »La théorie de Jellinek appelle . . . le souci de concilier l'autorité de l'Etat avec certaines réalités qui font penser au contrat.«

⁴⁰ Neuerdings deutet allerdings Imboden die Beamtenernennung (wieder) als Vertrag (S. 128 ff.), zurückhaltender Zwahlen, S. 560 a: »C'est pourquoi nous serions enclin à donner la préférence au procédé statutaire sur le procédé contractuel, dont l'usage devrait rester exceptionnel«; wie Imboden früher schon Laband, Staatsrecht, S. 166 ff., L. 209 ff. und Georg Jellinek, System, S. 209 ff. Für das deutsche Recht scheint Salzwedel nun die Anstellung des Hochschullehrers unter bestimmten Voraussetzungen als Vertrag zu deuten (S. 53).

⁴¹ Zu verweisen ist vor allem auf die eingehenden Ausführungen Sterns, S. 127 ff. über die apriorische Natur des Vertrages; vgl. weiter Apelt, S. 50 ff. und AöR. 54, S. 253.

Apelt aaO. sieht die Verpflichtungskraft des Konsenses in einer „tragenden Rechtsgrundlage“, als die er den „alten, auch im öffentlichen Recht lebendigen Rechtsgrundsatz „pacta sunt servanda“ ansieht. Der von Apelt vertretenen Ansicht folgen E. R. Huber⁴² und Forsthoff⁴³.

Nach Stern bedarf die bindende Kraft des Vertrages keiner Rechtsnorm, sondern sie ist (schon) originär aus dem Wesen des Vertrages selbst abzuleiten (apriorische Natur des Vertrages)⁴⁴.

Stern hat aaO. m. E. s überzeugend die apriorische Natur des Vertrages nachgewiesen. Dabei ist aber festzuhalten, daß die Verbindlichkeit des Vertrages wesentlichen Modifizierungen unterliegt, wenn der Vertrag im Rahmen einer positiven Rechtsordnung abgeschlossen wird. Der sich aus einer überkonstitutionellen Staatsfundamentalnorm ableitende Stufenbau der Rechtsordnung sieht das Gesetz (— im Sinne von abstrakt-genereller Norm —) als alleine zulässige Rechtsnorm an und verbietet jede außerhalb dieser gesetzlichen Rechtsordnung liegende originäre⁴⁵ Rechtssetzung. „Der Vertrag ist danach derivative Rechtsgestaltung, die ihren Geltungsgrund in den dispositiven Rechtssätzen des höheren Rechtskreises, der Gesamtrechtsordnung findet“⁴⁶.

Damit fallen also in einer organisierten Rechtsgemeinschaft Verbindlichkeit und Zulässigkeit des Vertrages in einem Akt zusammen (gesetzliche Dispositionsermächtigung), womit Layer⁴⁷ im Ergebnis Recht hat, wenn er ausführt, dadurch, daß der Gesetzgeber durch Rechtsnormen den Abschluß von Verträgen zulasse, bestimme er gleichzeitig die Bindung der Parteien an die getroffene Regelung.

3.) Öffentlich-rechtlicher Vertrag und privat-rechtlicher Vertrag.

Eine erhebliche Schwierigkeit bereitete dem Schrifttum schon immer die Unterscheidung des öffentlich-rechtlichen Vertrags vom privat-rechtlichen. Man war sich zwar allseits darüber einig, daß es sich bei dieser Abgrenzung nur um eine besondere Ausprägung der allgemeinen Trennung von öffentlichem und privatem Recht handeln könne. Die Anwendung dieser Erkenntnis begegnete aber größten Schwierigkeiten, einmal, weil schon die Trennung von öffentlichem und privatem

⁴² Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Recht (1930).

⁴³ Verwaltungsrecht, S. 253, insbes. Anm. 2.

⁴⁴ Stern, S. 121 ff. mit umfangreichen Nachweisen der Phänomenologen, insbes. Reinach in »Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung« I, 2. Teil, S. 685 ff., Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung, S. 39 und unter Anführung der Bestimmung des code civil, Art. 1134: »Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites« und des Art. 1372 des codice civile: »Il contratto ha la forza di legge tra le parti.«

Steffen, S. 14 ff. führt die Verbindlichkeit des Vertrages auf eine Reihe von Grundprinzipien zurück wie Pflicht zur Treue, Verkehrsbedürfnis, Gesetz der Wahrhaftigkeit der Gedankenmitteilung, das Sittengesetz.

Buddeberg, AöR., 8 (n. F.), S. 109–111 schließlich sieht völlig abweichend, seiner genossenschaftlichen Auffassung vom Wesen des Rechtes entsprechend, die »Vertragstreue« als »Ausdruck für die Anerkennung der gegenseitigen Bindung im Kollektivverhältnis« an.

⁴⁵ Imboden, S. 66 und derselbe, Gesetz, S. 9.

⁴⁶ Stern, S. 133.

⁴⁷ Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, S. 21.

Recht ein von der Rechtslehre noch nicht zufriedenstellend gelöstes Problem ist und weiter, weil die Anwendung der für diese Trennung üblichen Abgrenzungskriterien (Subjektion) gerade hinsichtlich des Vertrages sehr problematisch ist⁴⁸. Die Bezogenheit des Vertragsgegenstandes zum öffentlichen Recht ist in solchen Fällen schwieriger festzustellen als es zunächst scheint und es kann ohne Übertreibung behauptet werden, daß gerade wegen des „privat-rechtlichen Einschlags“ vieler in den öffentlichen Rechtskreis fallender Verträge noch keine einheitliche Formel für die Abgrenzung öffentlich-rechtlicher und privat-rechtlicher Verträge gefunden wurde.

Auf einfachem Wege könnte man all diese Schwierigkeiten durch eine „Anpassung“ des Begriffes öffentliches Recht umgehen, nämlich durch die Gleichsetzung öffentlichen Interesses mit öffentlichem Recht⁴⁹. Zu einer solchen Lösung des Konfliktes mit der Subjektionstheorie entschied sich denn auch Apelt. Heute kann jedoch niemand mehr ernsthaft den Versuch machen, den öffentlichen Rechtskreis mit der Interessentheorie zu erfassen. Nach der gewaltigen Zunahme der Verwaltungsfunktionen würde ein solches Verfahren heute nicht nur zu einer immensen Aufblähung des öffentlichen Rechtskreises führen, nach unseren heutigen Erkenntnissen über die in bestimmtem Rahmen mögliche Freiheit der Formenverwendung bei der leistungsgewährenden Verwaltung wäre ein solches Verfahren geradezu falsch⁵⁰. Hat man aber einmal die unmögliche Verwendungsfähigkeit der Interessentheorie zur Bestimmung des öffentlichen Rechts erkannt, dann darf man dieser Theorie — so muß die einzig mögliche Konsequenz lauten — auch bei der Bestimmung öffentlich-rechtlicher Verträge keine Bedeutung mehr einräumen⁵¹. Es bleibt also nur der schwierigere Weg, den öffentlich-rechtlichen Vertrag in den mit der Subjektionstheorie⁵² bestimmten öffentlich-rechtlichen Rechtskreis einzubetten. Daß dieses Problem noch nicht zufriedenstellend gelöst worden ist, ist m. E. darauf zurückzuführen, daß bei der Behandlung der Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages bis jetzt zu wenig allgemeine verwaltungsrechtliche Grundbegriffe in die Erörterung miteinbezogen worden sind. Von dieser Erkenntnis ausgehend, soll daher unten im Teil III in einer eigenen Stellungnahme ein eigener Lösungsversuch dargelegt werden.

⁴⁸ Diese Unsicherheit zeigt sich vor allem bei Verträgen, die in einer privatrechtsgleichen oder doch zumindest privatrechtsähnlichen Form abgeschlossen werden.

⁴⁹ Apelt, S. 120 ff., ebendort in Anm. 1 mit zahlreichen Nachweisen für die frühere Literatur.

⁵⁰ Da jede Leistungsverwaltung dem öffentlichen Interesse dient, gäbe es dann streng genommen gar keine Leistungsverwaltung in privatrechtlicher Form, ein Ergebnis, das völlig gegen die herrschende Rechtsüberzeugung wäre.

⁵¹ Klar Salzwedel: »Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts, der privatrechtliche Vertrag ist ein Rechtsinstitut des Privatrechts. Der öffentlich-rechtliche Vertrag muß daher vom privatrechtlichen notwendigerweise durch diejenige Grenzlinie geschieden werden, die das öffentliche Recht vom privaten Recht trennt.«

⁵² Die herkömmliche Fassung: Die Beziehungen zwischen einander gegenüberstehenden Personen gehören dem öffentlichen Recht an, wenn zwischen den Personen ein Verhältnis der Über-Unterordnung obwaltet, dem Privatrecht, wenn zwischen ihnen ein Verhältnis der Gleichordnung obwaltet. (O. Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 13 ff., 116 ff.; Fleiner, Institutionen, S. 50 ff., Jellinek, V. v. Verwaltungsrecht, S. 47 ff., Forsthoff, S. 100 f.).

4.) Die Gleichwertigkeit der Parteistellungen in praktischer Sicht.

Es ist nicht zu leugnen und war vor allem für das französische Verwaltungsrecht hervorzuheben, daß bei einer Anzahl öffentlich-rechtlicher Verträge dem Vertragspartner Staat (und anderen jur. Personen des öffentlichen Rechts) eine erhebliche Machtüberlegenheit über seinen privaten Vertragspartnern zukommt. Diese Tatsache war ja gerade das Hauptargument, das Otto Mayer im Anschluß an einen Teil der damaligen französischen Lehre dazu veranlaßt hatte, die Existenz öffentlich-rechtlicher Verträge zu leugnen und entsprechende Abmachungen als VA.e zu deuten.

Tatsächlich muß man aber die vertragsmäßige Bi- bzw. Multilateralität von der effektiv gegebenen Machtposition der Vertragspartner unterscheiden; daß eine rechtliche Überlegenheit eines Vertragspartners, insbes. erhöhte einseitige Einwirkungsbefugnisse auf den Vertrag, auch in zivil-rechtlichen Verträgen keine Seltenheit sind, beweist schon die reichhaltige Rspr. zu den Sittenklauseln der §§ 138, 242, 817 BGB. Aber beim Vertrag beruht die Begründung solcher Pflichten auf dem freien Konsensus der Partner — ganz im Gegensatz zum VA.s-Rechtsverhältnis. Es wird eingeräumt, daß die mitwirkungsbedürftigen VA.e in dieser Sicht eher zum Vertrag als zum VA tendieren, aber es ging ja schon aus den Ausführungen auf S. 52 hervor, daß die mitwirkungsbedürftigen VA.e ihren Platz an der Seite der einseitigen hoheitlichen Anordnung weniger wegen dogmatischer Erwägungen, sondern vielmehr auf Grund gesicherter allgemeiner praktischer Übung haben.

Die Unerheblichkeit der tatsächlichen Machtüberlegenheit einer Person für den Abschluß eines Vertrages hat übrigens kürzlich für das französische Recht eingehend Vedel nachgewiesen in der Festgabe für Mestre⁵³, eine eben erschienene spanische Arbeit, die diesem Thema gewidmet ist⁵⁴, kommt schließlich zu dem gleichen Ergebnis.

⁵³ Eine kurze Inhaltsangabe der *Mélanges Mestre* findet sich im *Verw.Arch.* 50, S. 297 ff. (Schnur); früher schon eindeutig im Sinne Vedels: M. Hauriou, *La gestion*, S. 76 »La collaboration, contractuelle ou non, n'implique pas forcément égalité. Il y a collaboration entre le maître et le domestique, entre le maître et le disciple, il n'en subsiste pas moins une autorité magistrale: il y a collaboration entre époux, entre le père et les enfants, il n'en subsiste pas moins une autorité patronale. Ainsi en est-il de la puissance publique dans l'entreprise coopérative des services publics, elle accepte des concours et des devonements, n'abdique pas pour cela la maîtrise; elle reste un patron qui impose son droit en même temps que sa volonté.«

⁵⁴ Retordillo, *La institución contractual en el Dereche administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes*, S. 187: »Lo que importa . . . es que la voluntad de cada una de las partes posea fuerza suficiente para que se establezca la relación jurídica, para obligarse y, en cierto modo, obligar también a la otra . . . Nada tiene que ver para ello la pretendida posición de igualdad de las partes; es algo que queda al margen.«

B) Die Anwendung materieller und formeller Vertragsnormen auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag.

Haben die bisherigen Darlegungen gezeigt, wie umstritten die Kernprobleme des öffentlich-rechtlichen Vertrags (Wesen und Zulässigkeit) bisher waren, so ist hinsichtlich der Anwendung materieller und formeller Vertragsnormen⁵⁵ eine im wesentlichen übereinstimmende, wenn auch unvollständige Rechtsmeinung vorhanden, deren mangelnde Durchbildung vor allem auf die stiefmütterliche Behandlung des öffentlich-rechtlichen Vertrags im deutschen Verwaltungsrecht zurückzuführen ist⁵⁶.

Daß sich der öffentlich-rechtliche Vertrag in erster Linie nach eventuell vorhandenen Vorschriften des öffentlichen Rechts regelt, hat noch nie jemand bestritten. Nun werden aber i. d. R. einschlägige öffentlich-rechtliche Vorschriften — zwar nicht vollständig⁵⁷, aber doch weitgehend — fehlen; es sind dann die auch im öffentlichen Recht geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des BGB anzuwenden⁵⁸. Dabei empfiehlt es sich, die den Vertragsschluß regelnden Normen von den die Vertragsausführung betreffenden zu unterscheiden; eine Sonderstellung nehmen die „formellen“ Vertragsnormen (Verfahren, Vollstreckung) ein.

Der Schwerpunkt der öffentlich-rechtlichen Normen liegt dabei auf der die Behörde betreffenden Seite des Vertragsschlusses, ferner bei den formellen Vertragsnormen, während zivilrechtliche Grundsätze vor allem bei den übrigen Fragen des Vertragsschlusses und bei der Vertragsdurchführung zur Anwendung kommen.

I. Die Anwendung materieller Vertragsnormen

1. Der Vertragsschluß

a) Öffentlich-rechtliche Vertragsnormen.

aa) Zuständigkeit der Behörde.

Welche Behörde zum Vertragsschluß berechtigt ist, bestimmt sich nach den einschlägigen Zuständigkeitsnormen. Dabei sind vor allem zwei Fälle von Unzuständigkeit

⁵⁵ Hierunter werden hier alle auf dem Vertrag Anwendung findenden Rechtsätze (mit Ausnahme der die Zulässigkeit und Definition betreffenden) verstanden.

⁵⁶ Ganz im Gegensatz zum französischen Recht (vgl. Vorbemerkung S. 11 ff. oben). Dies ist vor allem auch darauf zurückzuführen, daß man im deutschen Recht den Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Vertrag — von den Negierern dieses Instituts ganz zu schweigen — so eng zog, daß sich nur wenig Gelegenheit zu der gerade auf diesem Gebiet wesentlichen Entwicklung von öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundsätzen durch die Obergerichte ergab.

⁵⁷ Daher ist es ein wenig zu weitgehend, wenn Forsthoff, Lehrbuch, S. 255 das Vorhandensein öffentlich-rechtlicher Regeln generell bestreitet. Im übrigen ist aber Forsthoff völlig zuzustimmen, wenn er ausführt: »Man käme daher notwendig zur Annahme eines rechtsleeren Raumes, wenn man nicht in den Vorschriften des bürgerlichen Rechts allgemeine Rechtsgrundsätze enthalten findet, die auch für das öffentliche Recht gelten.« Vgl. auch RG. 148, 266 und BGH. 22, 252.

⁵⁸ Zu einer u. U. sehr weitgehenden Anwendung kommt Stern, AöR. 54, S. 312, der, von seiner Erkenntnis der Neutralität der Vertragstypen ausgehend, für eine Anwendung nicht nur der allgemeinen, sondern auch der besonderen bürgerlich-rechtlichen Regeln eintritt, sofern nicht zwingende Vorschriften des öffentlichen Rechts entgegenstehen.

denkbar: Einmal kann es der juristischen Person des öffentlichen Rechts versagt sein, über den Vertragsgegenstand eine Regelung zu treffen; ein dennoch geschlossener Vertrag ist dann nichtig. Weiter kann im Rahmen einer an sich zuständigen juristischen Person eine unzuständige Behörde gehandelt haben. Dies kann dadurch geschehen, daß ein zur Willensbildung und -äußerung unzuständiger Behördenteil tätig wurde, weiter dadurch, daß für eine an sich zuständige Behörde eine nichtvertretungsberechtigte Amtsperson (z. B. der Bürgermeister in einem Fall, der nicht unter Art. 37/I Bayer. GO fällt) handelt. Ob ein solches Organ die entsprechende Vertragshandlung vornehmen durfte, bestimmt sich in all diesen Fällen nach den für den Erlaß von VA.en geltenden Zuständigkeitsnormen, dh, die betreffende Behörde muß auf dem durch den Vertrag betroffenen Rechtsgebiet regelmäßig auch zum Erlaß von VA.en zuständig sein. Die Rechtsfolge einer auf diese Weise festgestellten Unzuständigkeit bemißt sich dann aber weder nach den für VA.en geltenden Grundsätzen (Aufhebbarkeit durch Anfechtung), auch nicht nach den zivilrechtlichen Regeln (§ 179 BGB), sondern der Vertrag ist dann regelmäßig nichtig⁵⁹. Eine Vermutung der Rechtmäßigkeit wie beim VA muß ausscheiden, da der Vertrag kein Hoheitsakt ist, gegen die Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Regelung (falsus procurator) spricht der in diesem Punkte vorhandene wesensmäßige Unterschied des öffentlich-rechtlichen Vertrages.

bb) Die Verpflichtung des Vertragspartners auf der Behördenseite.

In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu behandeln, ob die vertragsschließende Amtsperson nur die hinter ihr stehende Körperschaft des öffentlichen Rechts verpflichten kann, oder ausnahmsweise auch schon einen bestimmten Behördenteil dieser Körperschaft.

Nach zivilrechtlichen Rechtsgrundsätzen kommen als Vertragspartner auf der Behördenseite die mit der allgemeinen Rechtsfähigkeit ausgestatteten juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Bund, Land, Gemeinde, Körperschaft, Anstalt und Stiftung des öffentlichen Rechts) in Frage. Darüber hinaus kann aber das öffentliche Recht einem bestimmten Behördenteil einer juristischen Person des öffentlichen Rechts gewisse Rechte oder Pflichten selbständig einräumen, wie schon Thoma⁶⁰ im Anschluß an Otto von Gierke⁶¹ erkannt hat. Die entscheidende Frage ist, inwieweit man diese tatsächlichen Gegebenheiten dogmatisch berücksichtigen will. Die wohl noch herrschende Lehre rechnet auch in solchen Fällen die Berechtigung bzw. Verpflichtung der hinter dem Behördenteil stehenden juristischen Person zu⁶². Infolgedessen kommt sie zu einer grundsätzlichen Ablehnung des »Insichkonstituts«, bzw. des »Insichprozesses«.

⁵⁹ Vgl. für den Prozeß der behördlichen Willensbildung Apelt, S. 184 ff.

⁶⁰ Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten (HdbDStR. II, S. 610 f.).

⁶¹ O. v. Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts, Sonderdruck aus der ZGesStW. 1874, Heft 1 und 2, S. 114 ff.

⁶² Vgl. z. B. Forstthoff, Verwaltungsrecht, S. 392, 396.

Bachof⁶³, Wolff⁶⁴ und Stern⁶⁵ haben aber überzeugend nachgewiesen, daß sich eine solche Ansicht nicht länger mit der Rechtswirklichkeit vereinbaren läßt⁶⁶. So sind z. B. nach §§ 1 und 2 des Bundesbahngesetzes vom 13. 12. 1951 (BGBl. I, S. 955) und §§ 3 und 4 des Postverwaltungsgesetzes vom 24. 7. 1953 (BGBl. I, S. 676) die »Deutsche Bundesbahn« bzw. die »Deutsche Bundespost« (»nichtrechtsfähige«) Sondervermögen des Bundes, die aber »im Rechtsverkehr unter ihrem Namen handeln, klagen und verklagt werden können«. Weiter wird nach § 1/1 Nr. 6 Körp. StG ein (nichtrechtsfähiger) gemeindlicher Eigenbetrieb als selbständiges Steuerrechtssubjekt⁶⁷ behandelt.

All dies zwingt dazu, im öffentlichen Recht heute neben einer allgemeinen Rechtsfähigkeit eine sog. Teilrechtsfähigkeit⁶⁸ anzuerkennen, die immer und insoweit vorliegt, als jemand durch Rechtssätze selbständig berechtigt und verpflichtet wird. Hat man somit die Teilrechtsfähigkeit grundsätzlich bejaht, so ergibt sich die weitere Frage, ob eine solche partielle Rechtsfähigkeit nur im Verhältnis einer Behörde zu Dritten (sog. externe⁶⁹ Rechtsfähigkeit), oder auch unter verschiedenen Behördenteilen im Innern einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (sog. interne Teilrechtsfähigkeit) denkbar ist. Auch hier ist grundsätzlich Stern zu folgen, wonach eine Teilrechtsfähigkeit eines Behördenteils im Verhältnis zur juristischen Person möglich ist, insoweit diesem Behördenteil eigene Rechte und Pflichten gegenüber dem »Muttergemeinwesen« eingeräumt sind; bei der Beantwortung der Frage, ob dies der Fall ist, wird man aber einen strengen Maßstab anlegen müssen.

Aus all dem folgt, daß ausnahmsweise auch ein Behördenteil bzw. ein nichtrechtsfähiger Behördenkörper einen Vertragspartner abgeben kann. Dabei hindert nichts daran, in dem Fall, in dem die Behörde mit einem Dritten kontrahiert, als auch dann, wenn zwei Behördenteile untereinander eine solche Abmachung treffen, die Bezeichnung »Vertrag« zu verwenden. Die Abmachung muß sich dann aber immer auf Rechte und Pflichten beziehen, die gerade den Behördenteilen selbständig durch Gesetz eingeräumt worden sind.

cc) Vereinbarung und Gesamtakt.

Weiter erscheint hier noch eine gewisse »terminologische Bereinigung« erforderlich, die vor allem im Hinblick auf den Begriff der »Vereinbarung« angezeigt ist. Die von Binding⁷⁰ zur Erklärung der rechtlichen Vorgänge bei der Gründung des Norddeutschen Bundes begründete, mit einigen Abweichungen von Triepel⁷¹ und

⁶³ AöR. 83, S. 208 ff.

⁶⁴ Verwaltungsrecht, S. 143.

⁶⁵ AöR. 84, S. 281 ff.

⁶⁶ Stern a. a. O.: »Die in der Praxis anzutreffenden Erscheinungen zwingen die Dogmatik, sich dieser Probleme anzunehmen, will sie nicht vor der Rechtswirksamkeit kapitulieren«, eine Äußerung, die gleichermaßen auch für die Probleme der Zulässigkeit und der Definition der öffentlichrechtlichen Verträge gilt.

⁶⁷ Vgl. hierzu Bühler, Steuerrecht, I, S. 209 und Stern, AöR. 84, S. 284.

⁶⁸ Am klarsten wohl die Bezeichnung: »Rechtssubjekt mit Teilrechtsfähigkeit.«

⁶⁹ Stern a. a. O., S. 282.

⁷⁰ Die Gründung des Norddeutschen Bundes, S. 69 ff.

⁷¹ Völkerrecht und Landesrecht, S. 35 ff.

G. Jellinek⁷² fortgeführte Lehre von der Vereinbarung geht davon aus, daß manche Rechtsgeschäfte (Kauf, Miete) auf Austausch gerichtete, wechselseitig-entgegen-gesetzte und daher inkongruente Willenserklärungen enthalten, während in anderen Fällen gleichlautende Willenserklärungen (Gesellschaftsgründung) auf einen gemeinsam zu erzielenden Erfolg gerichtet seien und sie suchte daraus einen grundsätzlichen Unterschied zwischen diesen beiden Arten von Rechtsgeschäften zu konstruieren. Diese Differenzierung hat aber überwiegende Ablehnung erfahren⁷³ und erst kürzlich hat Salzwedel wieder darauf hingewiesen, daß auch bei völlig gleichlautenden Willenserklärungen (Gesellschaftsgründung, Verbandszusammenschluß) erheblich divergierende Individualinteressen vorhanden seien⁷⁴.

Der Binding-, Jellinek-, Triepel'sche Begriff der Vereinbarung darf daher als der Vergangenheit angehörend bezeichnet werden. —

Die Erkenntnis, daß bei Zusammenschließungsakten das Kollektivinteresse und der Kollektivwille einerseits und die Individualinteressen und -willen jedes einzelnen Beteiligten in Gegensatz stehen, hat schon im vorigen Jahrhundert Kuntze veranlaßt, solche Rechtsgeschäfte aufzuspalten und den vom vertraglichen Ausgleich abstrahierten Verbandszusammenschluß als »Gesamtakt« zu bezeichnen⁷⁵.

Eine solche Differenzierung ist m. E.s überflüssig. Auch bei Verbandszusammenschlüssen handelt es sich um Verträge, allerdings um Verträge, auf die, da sie auf die Bildung einer Gemeinschaft gerichtet sind, die im wesentlichen auf schuldrechtliche Beziehungen zugeschnittenen Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB und des Allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse des BGB nur mit Vorbehalten anwendbar sind und für die mit den Instituten der faktischen Gesellschaft und der faktischen Vertragsverhältnisse erheblich abweichende Rechtsgrundsätze entwickelt worden sind⁷⁶. —

Für den Begriff der Vereinbarung scheint sich mir demgegenüber folgender Anwendungsbereich zu eröffnen: In der Regel werden behördliche Abmachungen zwischen ein und derselben juristischen Person nicht öffentlich-rechtliche Verträge im oben bezeichneten Sinn sein, da Behördenteilen verhältnismäßig selten (interne) Teilrechtsfähigkeit eingeräumt ist. Soweit diese Behörden in diesen Fällen etwas vereinbaren, steht nichts entgegen, dafür die Bezeichnung *Verwaltungsvereinbarung* zu verwenden. Dabei muß es sich aber um Abmachungen verwaltungsinterner Art handeln. Rechte Außenstehender dürfen dadurch nicht berührt werden, andernfalls läge i. d. R. ein VA vor⁷⁷. Solche verwaltungsrechtlichen Vereinbarungen entspringen der den Behörden zustehenden Organisationsgewalt. Sie sind rechtsverbindlich, aber nicht vollstreckbar. Ihr Zustandekommen bemißt sich hauptsächlich nach Verwaltungsvorschriften.

⁷² G. Jellinek, System, S. 204 ff.

⁷³ Apelt, S. 59, 63 ff.

⁷⁴ Salzwedel, S. 34 ff.

⁷⁵ Kuntze, »der Gesamtakt«, Festgabe der jur. Fakultät der Universität Leipzig für Müller, S. 29 ff.

⁷⁶ Palandt, U. Ie zu § 104 BGB.

⁷⁷ (externe Wirkung).

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, daß neben den juristischen Personen des öffentlichen Rechts auch Behördenteile rechtsverbindliche Abmachungen treffen können, daß diese aber regelmäßige Verwaltungsvereinbarungen, ausnahmsweise öffentlich-rechtliche Verträge sein werden.

dd) Form.

Für die Formgebundenheit öffentlich-rechtlicher Verträge finden sich wie für die behördliche Zuständigkeit oft Sondervorschriften; dies gilt zumindest für die von der Behörde ausgehende vertragliche Willenserklärung. Aber auch Formvorschriften für die Vertragsgesamtheit sind nicht selten (Enteignungsvertrag). Fehlt jedoch eine ausdrückliche Formvorschrift, so wird man i. d. R. auch keine Form zu fordern haben⁷⁸; auch die Ansicht Apelts, der von seiner Meinung her von einem Formerfordernis absieht, wenn »das Individualinteresse der Beteiligten dermaßen im Vordergrund steht und das öffentliche Interesse ihm gegenüber so weit zurücktritt, daß hier das Bedürfnis der Allgemeinheit nach der Publizität und Sicherung des Vertragsinhalts« schwinde, ist noch zu eng⁷⁹. Weist nach alledem der Vertrag nicht die gesetzlich vorgesehene Form auf, so ist er nichtig⁸⁰.

ee) Besondere Anforderungen für die Form der behördlichen Willensbildung.

Zuweilen werden auch an die Form, in der eine behördliche Willensbildung zu erfolgen hat, besondere Anforderungen gestellt (Beispiel: Qualifizierter Gemeinderatsbeschuß bei Eingemeindungsverträgen⁸¹). Soweit eine behördliche Willenserklärung solchen zwingenden Vorschriften zuwider gefaßt worden ist, ist sie nichtig.

ff) Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge.

Begriffsnotwendig unterliegt schließlich die Frage der Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge ausschließlich öffentlich-rechtlichen Vorschriften⁸². Wird ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen, obwohl hierzu keine ausreichende gesetzliche Grundlage vorhanden ist, so ist er nichtig (h.L.)

gg) Behördlicher Genehmigungsakt.

Nicht selten kommt es vor, daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwar zulässig ist, zu seiner Wirksamkeit jedoch noch ein behördlicher, i. d. R. aufsichtlicher Genehmigungsakt erforderlich ist. Diese behördliche Zustimmung (begünstigender VA) ist Gültigkeitsvoraussetzung⁸³ für das Inkrafttreten des Vertrages. Ist sie einmal erteilt, so schränkt sie die Vertragsfreiheit der Vertragsparteien in bestimmtem Rahmen ein.

⁷⁸ Kohl, S. 28, Seidel, S. 32, Imboden, S. 99, Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 256; a. A. Kellerhals, S. 82.

⁷⁹ S. 187.

⁸⁰ Theoretisch denkbar bliebe nur ein Formzwang, den das BGB. zum Schutze des Vertragspartners gewährt (z. B. § 313 BGB.).

⁸¹ Apelt, S. 185.

⁸² Vgl. dazu eingehend im Teil III unten.

⁸³ Apelt, S. 191.

So können die Parteien eine Aufhebung (actus contrarius) oder eine Nichtigkeit des Vertrages (Irrtumsanfechtung) nur noch mit Zustimmung dieser Behörde herbeiführen⁸⁴.

b) Privatrechtliche Vertragsnormen.

Neben diesen wesentlichsten öffentlich-rechtlichen Bindungen bestimmt sich der Vertragsschluß nach allgemeinen Vertragsprinzipien, wie sie vor allem im BGB ihre Ausprägung erfahren haben. Dabei ist es hauptsächlich Wortstreit, ob man von einer analogen Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze im öffentlichen Recht spricht, oder ob man einer Anwendung apriorischer, im Zivil-, wie im öffentlichen Recht geltender Rechtsgrundsätze das Wort redet⁸⁵. Denn über die beiden wesentlichsten Punkte herrscht Einigkeit: daß einmal das öffentliche Recht in Ermangelung eigener einschlägiger positiver Rechtsnormen auf das »institutionell« durchgebildete BGB zurückgreifen muß und daß aber die Anwendung solcher Rechtssätze dort ihre Schranke finden muß, wo sie für das öffentliche Recht »nicht passen«, wo also geschriebenes oder ungeschriebenes öffentliches Recht entgegenstehen.

Dies wird deutlich veranschaulicht bei den fünf grundsätzlichen Freiheiten, die das Zivilrecht entwickelt hat und auf denen das Wesen des Vertrages, also auch des öffentlich-rechtlichen Vertrages beruht⁸⁶.

1. Der Abschlußfreiheit (den Personen steht es frei, ob sie überhaupt kontrahieren wollen),
2. der Freiheit in der Wahl des Gegenkontrahenten,
3. der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit (Freiheit, den Inhalt des Vertrages nach Belieben zu bestimmen),
4. der Aufhebungsfreiheit (durch actus contrarius),
5. der Typenfreiheit (Freiheit der Vertragsparteien, unter bestimmten Vertragstypen zu wählen, solche abzuändern ect.)

⁸⁴ Vgl. darüber noch näher unten S. 90 f.

⁸⁵ Die Anwendung von im Zivilrecht ausgeprägten Rechtsgrundsätzen im öffentlichen Recht ist in einem weiteren Sinne eine allgemeine Rechtsfrage, da sie das grundsätzliche Verhältnis des Verwaltungsrechts zum Zivilrecht betrifft. Es wird sich wohl empfehlen, mit Schack, Festschrift für Laun, S. 276 ff. von der »Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken« zu sprechen, die im Zivil- wie im Verwaltungsrecht bestehen und bei der Ausfüllung von Lücken im positiven Verwaltungsrechtssystem zur Anwendung kommen. Entsprechend für das französische Recht: A. Hauriou, *La gestion*, S. 95 f. Schließlich soll hier die in diesem Zusammenhang interessante Feststellung einer kürzlich erschienenen italienischen Abhandlung nicht unerwähnt bleiben (Alessi, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo*; 1958, S. 11). »La contrapposizione tra diritto amministrativo e diritto privato peraltro, non va intesa nel senso che il diritto amministrativo costituisca un complesso di norme eccezionali, un sistema giuridico speciale, di fronte all'«*jus commune* rappresentato dal diritto civile; al contrario il diritto amministrativo . . . costituisce esso stesso l'«*jus commune*, vale a dire un sistema giuridico autonomo, parallelo al diritto privato. Dal quale fatto derivano importanti conseguenze . . . a) nel di lacune dell' ordinamento positivo amministrativo non si fa luogo all'applicazione di norme contenute nell'ordinamento privato, né direttamente né per via analogica, sibbene deve farsi luogo all'applicazione analogica, di altre norme contenute nell'ordinamento amministrativo ovvero ai principi generali: b) a lor volta, i principi generali da applicarsi in casi siffatti, non sono da trarsi del complesso dell'ordinamento privatistico, sibbene esclusivamente dal complesso publicistico costituito dallo stesso diritto amministrativo.« Vgl. hierzu ferner Santi Romano, »L'ordinamento giuridico« (1951).

Diese Grundsätze finden »natürlich« auch für den öffentlich-rechtlichen Vertrag Anwendung, doch besteht die vertragliche Gestaltungsfreiheit nach allen fünf Richtungen hin nur im Idealfall, wie Stern⁸⁷ zutreffend bemerkt.

So geht z. B. schon aus den obigen Ausführungen hervor, daß die Aufhebungsfreiheit dort ihre Grenzen findet, wo zum Vertragsabschluß ein behördlicher Genehmigungsakt erforderlich ist, die Freiheit in der Wahl des Gegenkontrahenten kann nicht nur durch Tatumstände eingeengt sein⁸⁸, sondern ausnahmsweise auch durch Rechtsvorschriften; bestehende Beschränkungen hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit werden schließlich noch bei der Stellungnahme zur Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages gewürdigt werden.

Demgegenüber werden dem Vertragsbegriff im öffentlichen Recht ganz die zivilrechtlichen Erkenntnisse zugrunde gelegt⁸⁹. Der Rechtsbegriff des Vertrages, »der im Privatrecht extra erarbeitet worden ist und ohne vorherige grundlegende Untersuchungen von dort her übernommen werden kann⁹⁰«, ist folgendermaßen zu bestimmen: »Ein Vertrag besteht aus korrespondierenden rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, die von einander gleichgeordnet gegenüberstehenden Personen gegenseitig abgegeben werden.«

So hat z. B. auch die Lehre vom Gesamttakt nicht die Begriffe öffentliches und privates Recht getrennt, sondern sie wollte aus einem dem öffentlichen wie dem privaten Recht gleichsam zugrundeliegenden Vertragsbegriff eine bestimmte Kategorie von Rechtsgeschäften (Gesellschaftsgründung, Verbandszusammenschluß) ausklammern.

aa) Die Vorschriften über Willensmängel.

Einer allgemeinen Anwendung auf öffentlich-rechtliche Verträge sind die die Willenseinigung betreffenden Vorschriften der §§ 117 ff. BGB fähig (Irrtum, die — wohl behördlicherseits seltenen — Fälle der Täuschung und Drohung, Dissens, falsa demonstratio usw.)⁹¹. Dabei sind für die eine Gemeinschaftsgründung betreffenden Willenserklärungen die im Zivilrecht in Abänderung des § 142 BGB entwickelten Grundsätze anzuwenden⁹².

Vorbehalte aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts gelten für die Anfechtung von Willenserklärungen, bei deren Abgabe zur Wirksamkeit des Vertrages schon eine behördliche Genehmigung erforderlich war; die Anfechtung muß hier wiederum von der Behörde genehmigt werden⁹³.

⁸⁶ Enneccerus-Nipperdey I, S. 691 Anm. 15; für vier Freiheitselemente: Imboden, S. 44, Oftinger, S. 316.

⁸⁷ Stern, AöR., 54, S. 285.

⁸⁸ Faktische, bzw. rechtliche Monopollagen.

⁸⁹ Apelt, S. 57 f. und h. L., wohl auch Peters, Verwaltungsrecht, S. 154 f., obwohl er im öffentlich-rechtlichen Vertrag ein hoheitliches Rechtsgeschäft sieht.

⁹⁰ Salzwedel, S. 29.

⁹¹ Forsthoff, Lehrbuch, S. 256, Apelt, S. 217.

⁹² Faktische Gesellschaft, est. ect. vgl. Palandt, U. 1 e vor § 104 BGB.

⁹³ Forsthoff, Lehrbuch, S. 256 f.

bb) Rechts- und Geschäftsfähigkeit der beteiligten Privatpersonen.

Neben den §§ 119 ff. BGB gelten für die am Vertrag beteiligten Privatpersonen die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit und Vertretungsbefugnis mangels Sonder Vorschriften ausschließlich; für die am Vertrag beteiligten öffentlich-rechtlichen Körperschaften kommen vor allem die schon oben erörterten öffentlich-rechtlichen Bindungen und Grundsätze zur Anwendung; danach wäre z. B. die Geschäftsunfähigkeit eines eine solche Körperschaft vertretenden Beamten unerheblich⁹⁴.

cc) Fehlerhaftigkeit des Vertrages.

Unabhängig von den öffentlich-rechtlichen Zulässigkeitsschranken besteht die — zumindest theoretische — Möglichkeit, daß der öffentlich-rechtliche Vertrag wegen Verstoßes gegen allgemeine Grundsätze des BGB fehlerhaft ist (Sittenwidrigkeit⁹⁵, Wucher, Unmöglichkeit der Leistung etc.). Die Nichtigkeit folgt in solchen Fällen außer aus §§ 138, 306 etc. schon aus einem allgemeinen Grundsatz des öffentlichen Rechts (Prinzip des Vorrangs des Gesetzes, Art. 20/III GG.), was besonders deutlich hervortritt, wenn der Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstößt.

2. Die Vertragsdurchführung

Auf die Frage, nach welchen Vorschriften des öffentlichen und des privaten Rechts sich die Vertragsdurchführung bestimmt, läßt sich keine allgemeine Antwort geben. Enthält der öffentlich-rechtliche Vertrag z. B. Bestimmungen, die ihn in enge Annäherung bringen zu einem privatrechtlichen Pachtvertrag, so wird einer weitgehenden Heranziehung der entsprechenden zivilrechtlichen Vorschriften kein Hindernis entgegenstehen. Dies wird man schon nicht mehr sagen können, wenn der öffentlich-rechtliche Vertrag sich nicht unter eine der ausdrücklich zivilrechtlich geregelten Vertragstypen bringen läßt, wenn also ein Vertrag vorliegt, den man — wäre er ein zivilrechtlicher — als atypischen Vertrag zu bezeichnen hätte.

Günstig ist in einem solchem Falle die Rechtslage, wenn im Gesetz (vor allem in dem, das zum Vertragsschluß ermächtigt, aber u. U. auch in anderen öffentlich-rechtlichen Normen) und durch Vertragsbestimmungen die Vertragsdurchführung ausreichend geregelt ist; ist dies jedoch nicht der Fall, so wird der Richter die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen selbst »finden« müssen.

Auf jeden Fall aber unterliegt die Rechtswirkung des Vertrages ganz dem öffentlichen Recht. Diese kann dabei u. U. weitergehen, als es nach bürgerlichem Recht möglich wäre. So wirkt z. B. ein Expropriationsvertrag, sofern der Eigentümer zwischen Vertragsabschluß und Vollziehung wechselt, auch gegen den Rechtsnachfolger, also dinglich, was nach den Regeln des BGB. unmöglich wäre.

⁹⁴ Apelt, S. 215.

⁹⁵ Vgl. dazu Apelt, a. a. O.: »Ein solcher Fall ist, soweit wir sehen, in der Literatur und Rechtsprechung nicht bekannt geworden.«

Von der Vielfalt der für die Durchführung der einzelnen Verträge geltenden Vorschriften können daher im nachfolgenden nur einige Hauptgrundsätze hinsichtlich der Umänderung und der Beendigung von Vertragsverhältnissen Behandlung finden. Als wesentlichstes Prinzip wird dabei der Grundsatz von Treu und Glauben darzustellen sein, der durch das Hereinwirken des öffentlichen Interesses im öffentlichen Recht eine spezifische Ausprägung⁹⁶ erfahren hat.

a) Die normale Vertragsdurchführung; Erfüllung und Erfüllungssurrogate.

Eine normale Vertragsgestaltung liegt vor, wenn durch gesetzliche oder vertragliche Bestimmung die Umänderung (Schuldumschaffung, Novation, Schuldübernahme usw.) oder die Beendigung des Schuldverhältnisses vorgesehen ist. Das in erster Linie interessierende Erlöschen des Schuldverhältnisses tritt ein durch Erfüllung oder durch Erfüllungssurrogate (Leistung an Erfüllung statt, Erlaß, zum Zwecke der Schuldtilgung erfolgende Hinterlegung), durch Ausübung eines gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Auflösungsrechts (Rücktritt, Kündigung, *actus contrarius*) usw. Einer besonderen Würdigung bedarf noch das Erlöschen des Vertragsverhältnisses durch Ausübung eines Aufrechnungsrechtes. Der Gedanke der Aufrechnung, nämlich die Vermeidung unwirtschaftlicher Leistungen durch einen Verrechnungsausgleich⁹⁷ gehört dem öffentlichen Recht ebenso an wie dem bürgerlichen. Die in einigen öffentlich-rechtlichen Gesetzen enthaltenen Regelungen (§§ 223, 622, 1309, 1544 RVO, § 78 Angest. Vers. Ges., § 90 RKnappGes., § 24 RAO) sind aber nicht Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken. Neben diesen Sonderfällen folgt die Aufrechnung im öffentlichen Recht vielmehr den in den §§ 387 ff. BGB enthaltenen Rechtsgedanken. Eine Aufrechnung mit oder gegen Forderungen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen ist also möglich, wenn sich die aufzurechnenden Forderungen gleichartig, fällig und gegenseitig gegenüber stehen. Dabei erhebt sich die Frage, ob eine Gleichartigkeit dann noch vorliegt, wenn die Aufrechnung mit oder gegen eine privatrechtliche Forderung erfolgt. Die Zugehörigkeit einer Forderung zum Privatrecht genügt nicht, um die Forderung ungleichartig zu machen, denn die Gleichartigkeit der Forderung bestimmt sich nach ihrem materiell-tatsächlichen Inhalt, nicht nach dem Rechtskreis. Die Aufrechnung muß aber notwendigerweise dort ihre Schranke finden, wo in einem Rechtsstreit der Richter durch Incidententscheidung (§ 148 ZPO) unzulässig (§ 13 GVG) aber rechtskräftig (§ 322/II, ZPO) über die Aufrechnungsforderung entscheiden würde⁹⁸. Daraus folgt: Eine Aufrechnung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Forderungen ist zulässig, wenn im Falle eines Rechtsstreits der gleiche Rechtsweg für beide Forderungen (Forderung aus Beamtenrecht und Forderung gegen Fiskalverwaltung) gegeben ist. Ist dies nicht der Fall, dann ist wegen § 322/II ZPO die Aufrechnung nur zulässig, wenn die Gegenforderung unbestritten oder rechtskräftig ist⁹⁹. Diese allgemeinen Grundsätze gelten auch für Aufrechnungsforderungen aus bzw. gegen öffentlich-rechtliche Verträge.

⁹⁶ Wolf, Verwaltungsrecht, § 44/I Nr. 3.

⁹⁷ ForsthoFF, Verwaltungsrecht, S. 258.

⁹⁸ BGH. in DVBl. 1955, S. 393 in Abweichung von der Rspr. des RG.s in RG. 77, 411.

⁹⁹ So schon W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 237.

b) Die anormale Vertragsdurchführung.

Die auf normale Weise und in den vorgesehenen Bahnen erfolgende Abwicklung des Vertragsverhältnisses ist zwar der häufigste, keineswegs aber der einzige Fall, durch den Vertragsrecht und Vertragspflicht umgestaltet bzw. aufgehoben werden. Bei Dauerschuldverhältnissen muß es die Möglichkeit geben, das Rechtsverhältnis veränderten Umständen anzupassen und auch in anderen Fällen kann sich u. U. die Notwendigkeit herausstellen, das Vertragsverhältnis vorzeitig aufzuheben. In solchen Fällen greift ein besonderer Anwendungsfall von Treu und Glauben Platz, nämlich die *clausula rebus sic stantibus*¹⁰⁰.

aa) Die *clausula rebus sic stantibus*.

Es ist einmal der Fall möglich, daß die Frage des Vertragsgegenstands nachträglich eine besondere gesetzliche Regelung erfahren hat. Der Vertrag wird dann gegenstandslos¹⁰¹. Soweit hierdurch jedoch ein Eingriff in vertraglich begründete subjektive Rechte erfolgt, muß eine Entschädigung gewährt werden¹⁰² (Art. 14 GG).

Das gleiche gilt, wenn die Regelung auf Grund eines solchen Gesetzes durch VA erfolgt.

Weiter können jedoch auch veränderte tatsächliche Umstände die Anpassung des Vertrages an eine neue Lage erfordern. Eine umgestaltende Anpassung des Vertrages oder gar eine vorzeitige Auflösung des Vertrages sind dann möglich, wenn sich die tatsächlichen Umstände, die für den Abschluß und für den Inhalt des Vertrages bestimmend gewesen sind, so verändert haben, daß ein Festhalten am Vertrag in der alten Form gegenstandslos ist oder einem solchen Festhalten doch zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen. Im Gegensatz zum französischen Recht¹⁰³ dürfen jedoch dem Vertragspartner dadurch nicht erhebliche zusätzliche Verpflichtungen aufgebürdet werden. Steht die vorzeitige Auflösung des Vertrages in Frage, so muß die zurücktretende Partei den positiven Schaden vergüten, den ihre Loslösung vom Vertragsverhältnis für den leistungsberechtigten Kontrahenten mit sich bringt¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Der Begriff der *clausula* im öffentlichen Recht ist im Vergleich zur *clausula* des Zivilrechts in zwei Punkten weiter: Einmal ist der Begriff nicht, wie im bürgerlichen Recht, nur einer von mehreren Anwendungsfällen des allgemeineren Prinzips des Nichtvorhandenseins bzw. Wegfalls der Geschäftsgrundlage, sondern mit diesem letzteren Grundsatz gleichzusetzen, weiter ergeben sich im öffentlichen Recht überhaupt mehr Anwendungsfälle als im Zivilrecht wegen der verstärkten Bedeutung des öffentlichen Interesses.

¹⁰¹ Apelt, S. 220, 220 unterscheidet die zwei Fälle, daß ein Lebensverhältnis nachträglich zwingend durch Rechtssatz neu geordnet wird und daß nachträglich eine zum Vertragsschluß ermächtigende Norm beseitigt oder abgeändert wird.

¹⁰² Imboden, S. 100 f. und Schweizerische Juristenzeitung, Bd. 40, Heft 18/19, ferner Huber in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 464.

¹⁰³ Die Anpassung vertraglicher Pflichten an nachträglich veränderte Umstände, insbes. vom Gesichtspunkt des öffentlichen Wohls aus, ist im französischen Verwaltungsrecht sehr weitgehend; hier rückt der *contrat administratif* in die Nähe des *acte administratif*. Vgl. einen anschaulichen Fall bei Imboden, S. 24.

¹⁰⁴ Apelt, S. 224 f., wo auch noch die anteilmäßige Schadensminderung im Falle von Mitverschulden Erwähnung findet.

Allgemein wird man sagen können, daß das öffentliche Interesse für die *clausula rebus sic stantibus* im öffentlichen Recht eine erheblich größere Rolle spielt, als es für private Interessen bei der Auflösung privater Verträge der Fall ist¹⁰⁵.

bb) Die Verwirkung.

Ausnahmsweise wird sich die Nichtausübung eines vertraglichen Rechts auf eine weitere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben¹⁰⁶ stützen lassen, nämlich auf die Verwirkung. Im Gegensatz zur *clausula* findet aber die Verwirkung im öffentlichen Recht einen begrenzteren Anwendungsbereich als im bürgerlichen Recht. Damit sie ausnahmsweise Platz greift, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein¹⁰⁷.

1. Der Inhaber des vertraglichen Rechts, um dessen Verwirkung es geht, muß während einer längeren Zeit ein Verhalten bekundet haben, das über die bloße Nichtausübung des Rechts (Untätigkeit) hinausgegangen ist und den Gegner nach den Erfahrungen des Rechtslebens zu der Annahme berechtigen konnte, der Berechtigte werde von seinem Recht keinen Gebrauch machen (Vertrauensgrundlage).
2. Die Vertrauensgrundlage muß dem Berechtigten zurechenbar sein. Dies ist der Fall, wenn er sein vertragliches Recht kannte oder bei genügender Sorgfalt kennen mußte und wenn er in der Lage war, das Recht geltend zu machen.
3. Der vertraglich Verpflichtete muß darauf vertraut haben, daß der Berechtigte sein Recht nicht mehr geltend machen werde.
4. Veranlaßt durch dieses Vertrauen muß sich der Verpflichtete in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet haben, daß ihm ein unzumutbarer Nachteil zugefügt würde, wenn der Berechtigte nachträglich auf sein vertragliches Recht zurückgreifen dürfte; ein Nachteil, den der Verpflichtete nicht erlitten hätte, wenn das Recht beizeiten geltend gemacht worden wäre.

Sollten diese vier Voraussetzungen ausnahmsweise vorliegen, so ist also auch beim öffentlich-rechtlichen Vertrag die »Einrede der Verwirkung« möglich.

II. Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag (formelle Vertragsnormen)

1.) Rechtsweg und Klageform.

Bei Meinungsverschiedenheiten über Inhalt und Ausmaß von Rechten und Pflichten öffentlich-rechtlicher Verträge handelt es sich um Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, die nach §§ 22, 85 ff. VGG vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten zu

¹⁰⁵ ForsthoFF, Lehrbuch, S. 257.

¹⁰⁶ Daß die Verwirkung auf der Generalklausel von Treu und Glauben beruht und ein Fall des Vertrauensschutzes (§ 242 BGB.) und der unzulässigen Rechtsausübung (§ 226 BGB.) ist, hat kürzlich Stich wieder eingehend dargelegt, vgl. DVBl. 1959, S. 234 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Stich a. a. O.

verfolgen sind. Ob es sich hierbei (nur) um eine Streitigkeit des öffentlichen Rechts oder (sogar) um eine Parteistreitigkeit handelt¹⁰⁸, ist hauptsächlich eine terminologische Frage, die nicht zuletzt wegen der bevorstehenden Verabschiedung der Bundesverwaltungsgerichtsordnung (BVGO) nicht näher untersucht werden soll. Für die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs ist die innere Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses entscheidend, d. h. das tatsächliche Klagevorbringen, so wie es den Streitgegenstand ergibt¹⁰⁹. Eine Klage vor dem Zivilgericht müßte, wenn nicht eine ausdrückliche gesetzliche Zuweisung¹¹⁰ zu den ordentlichen Gerichten vorliegt, wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen werden (§ 13 GVG). Auf das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten finden die Vorschriften der §§ 85 ff. VGG und, soweit sich aus diesen nichts anderes ergibt, über § 86 die für die Anfechtungssachen geltenden Vorschriften des VGG entsprechend Anwendung, über § 34 VGG ergänzend auch die Vorschriften der Zivilprozeßordnung.

Der Entwurf BVGO kennt keine besondere Behandlung der Parteistreitigkeiten mehr, sondern geht in § 40 von einer Einteilung in Gestaltungs-, Feststellungs- und Leistungsklagen aus, von denen er jedoch dann in den nachfolgenden §§ 41 ff. den »VA's-Klagen« (vgl. insbesondere auch § 114) eine besondere Regelung zuteil werden läßt. Auch der Entwurf spricht sich im 7. Abschnitt (»Allgemeine Verfahrensvorschriften«) für eine Anwendung wesentlicher Vorschriften der ZPO und des GVG aus.

2.) Vollstreckung

Die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Verträge hat im gegenwärtigen Recht eine nur unvollständige Regelung erfahren. Da der Entwurf BVGO demnächst in Kraft treten wird und eine — gemessen an der bisherigen Rechtslage — eingehende Behandlung der Vollstreckungsfähigkeit verwaltungsgerichtlicher Urteile bringen wird, soll der gegenwärtige Rechtszustand unter Beschränkung auf die Rechtslage in Bayern nur eine kurze Betrachtung erfahren.

Im Gegensatz zur MRVO Nr. 165¹¹¹ enthält das süddeutsche VGG keine Bestimmungen über die Vollstreckbarkeit verwaltungsgerichtlicher Urteile. Nur § 112/II VGG räumt dem VGH die Möglichkeit ein, in Parteistreitigkeiten das Urteil eines Verwaltungsgerichts auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Vorschriften über die Zwangsvollstreckung bei verwaltungsgerichtlichen Urteilen sind in der Ausführung VO zum VGG Nr. 85 vom 27. 9. 1946 enthalten. Nach Art. 10 Nr. 1 dieser VO ist die Zwangsvollstreckung zulässig aus rechtskräftigen und aus vorläufig vollstreckbaren Urteilen. Sie obliegt nach Art. 11 Abs. I dieser VO den Kreisverwal-

¹⁰⁸ Stern, S. 152 mit Nachweisen zum Streitstand.

¹⁰⁹ RG. 146, 246; BGH. 5, 82.

¹¹⁰ Das Problem der Zuständigkeit der Zivilgerichte kraft Überlieferung wird durch die BVGO. seine Erledigung finden; Wortlaut des § 38 des Entwurfs: »Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit nicht durch ausdrückliche Zuweisung die Zuständigkeit eines anderen Gerichts begründet ist.«

¹¹¹ § 108 MRVO. Nr. 185 mit § 60 LVG. (Verwaltungszwang).

tenzbehörden und kann (Abs. II) von amtswegen wie auch auf Antrag eines der Beteiligten betrieben werden.

Soweit es sich um eine Zwangsvollstreckung wegen einer Geldleistung handelt — was bei der Vollstreckung einer öffentlich-rechtlichen Vertragspflicht allerdings selten der Fall sein wird —, finden über die Vorschriften der AGZ POKO (Art. 7/I dieses Gesetzes) die Bestimmungen der ZPO Anwendung¹¹². Die vollstreckende Behörde kann sich dabei eines Gerichtsvollziehers oder eigener Vollstreckungsbeamter bedienen, doch nur insoweit, als die ZPO die Vollstreckung nicht den Vollstreckungsgerichten (Vollstreckung in Forderungen und Rechte) oder den Grundbuchämtern (Vollstreckung in unbewegliches Vermögen) übertragen hat. Handelt es sich um die Erwirkung von Herausgabe von Sachen oder die Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen (Art. 11/IV AVOVG), so sind die §§ 883 bis 896 ZPO entsprechend anzuwenden. Die Vollstreckung wird von den Verwaltungsgerichten selbst ohne Mitwirkung der Gerichte durchgeführt¹¹³. Diese positivrechtliche bayerische Regelung vermittelt befriedigende Ergebnisse, wenn es sich um eine Vollstreckung eines Hoheitsträgers gegen eine Privatperson oder einer Privatperson gegen eine andere Privatperson handelt¹¹⁴. Vollstreckt aber ein Hoheitsträger gegen einen anderen Hoheitsträger oder betreibt gar eine Privatperson die Zwangsvollstreckung gegen einen Hoheitsträger, so erscheint, wie Platz S. 98 zutreffend hervorhebt, »der Erfolg einer Vollstreckung für den Gläubiger u. U. recht zweifelhaft«¹¹⁵.

Die dabei auftretenden schwierigen Fragen — so z. B. auch die, ob eine Erzwingungsstrafe gegen eine Behörde oder gegen den Behördenleiter auszusprechen wäre¹¹⁶ — sollen jedoch hier nicht näher erörtert werden, da der Entwurf der BVGO in vielen Fragen ausdrücklich Regelung bringen wird¹¹⁷.

¹¹² Bei der Vollstreckung gegen Gebietskörperschaften sind die Art. 65 GO., 59 KrO., 67 BezO. zu berücksichtigen.

¹¹³ Zutreffend bemerkt daher Platz, S. 62, daß in Bayern die Zwangsvollstreckung nach einem aus Verwaltungszwangsverfahren und zivilprozessualen Verfahren zusammengesetzten Verfahren durchgeführt wird.

¹¹⁴ Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen zwei Privatpersonen ist im deutschen Verwaltungsrecht ausnahmsweise dann möglich, wenn zwei Privatpersonen die Fähigkeit eingeräumt ist, über ein öffentlich-rechtliches Recht bzw. Pflicht zu verfügen. Dieser Vertrag nimmt hauptsächlich dadurch eine Sonderstellung ein, als die für die Vertragsbeteiligung bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften für Behörden nicht zur Anwendung kommen; wegen seiner Sonderstellung soll dieser Vertrag hier im Rahmen dieser Abhandlung nicht näher erörtert werden; vgl. Stern, S. 148 (Anm. 189 und 190).

¹¹⁵ Die Einwände gegen die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung gegen den Staat (O. Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 381: »Es ist widersinnig, wenn der Staat als Hort des Rechts im Namen dieses Rechts mit äußerem Zwang dazu gebracht werden soll, sein Recht zu achten und ihm genug zu tun;« weiter der Gedanke, es sei ein Widerspruch, wenn der Staat seine eigenen Machtmittel gegen sich selbst richte, das Argument, es handle sich hier um einen Verstoß gegen die Staatsraison, um einen Verstoß gegen die Gewaltenteilung ect.) stammen aus einer vergangenen Zeit (absolutistisch-monarchische Staatsauffassung) und sind heute längst überholt. Eingehend unter Anführung französischer Literatur Bachof, Vornahmeklage, S. 150 ff. und Hauelsen, NJW. 1956, S. 1457.

¹¹⁶ Vgl. hierzu insbes. Bachof a. a. O.

¹¹⁷ Aus diesem Grunde soll auch die — übrigens sehr unübersichtliche — Regelung der Vollstreckung von Urteilen des BVerwG.s (— § 78 BVerwGG. verweist auf die Vollstreckungsregelungen der Länder, teils auch auf §§ 704 ff. ZPO. —) nicht näher untersucht werden; vgl. dazu Schunk-de Clerk, Anm. zu § 76 BVerwGG.

Der Entwurf BVGO widmet der Vollstreckung einen eigenen Abschnitt und spricht sich in den §§ 164, 165 für eine grundsätzliche Vollstreckungsfähigkeit verwaltungsgerichtlicher Urteile aus. Bei der Vollstreckung zu Gunsten einer Behörde richtet sich die Vollstreckung nach dem (Bundes-) Verwaltungsvollstreckungsgesetz. Soll gegen eine juristische Person des öffentlichen Rechts vollstreckt werden, so gilt für die Vollstreckung das Achte Buch der ZPO entsprechend (§ 164/I des Entwurfes). Die dabei für die Durchführung bestehenden Besonderheiten sind in § 167 festgelegt. Danach verfügt auf Antrag des Gläubigers das Gericht des ersten Rechtszugs die Vollstreckung, wenn gegen den Bund, ein Land, einen Gemeindeverband, eine Gemeinde, eine Körperschaft, eine Anstalt oder eine Stiftung des öffentlichen Rechts wegen einer Geldforderung vollstreckt werden soll.

Dieses Gericht kann um die Durchführung der Vollstreckung oder einzelner Vollstreckungsmaßnahmen eine Behörde, ein Gericht oder das nach Landesrecht zuständige Vollstreckungsorgan ersuchen, wobei die ersuchten Stellen verpflichtet sind, dem Ersuchen nachzukommen. Abs. III von § 167 erklärt die Vollstreckung für unzulässig bei Sachen, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Behörden unentbehrlich sind oder deren Veräußerungen ein öffentliches Interesse entgegensteht. § 168 bringt schließlich noch eine Ergänzung der §§ 888 ff. ZPO und bestimmt, daß das Gericht des ersten Rechtszuges eine — wiederholungsfähige — Erzwingungsstrafe bis zu DM 2 000.— gegen die der Urteilsverpflichtung nicht nachkommende Behörde androhen und festsetzen kann. Obwohl § 168 diese Möglichkeit ausdrücklich nur vorsieht, wenn die Erzwingung der Durchführung von Urteilen aus Verpflichtungsklagen und Folgenbeseitigungsklagen¹¹⁸ in Frage steht, wird man sich für eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift aussprechen müssen bei Urteilen, die über vertragliche Ansprüche befinden. Denn wenn der Gläubiger schon eine Erzwingungsstrafe erwirken kann gegen eine Behörde, der er im vorhergehenden Verfahren untergeordnet gegenübergestanden hat, so muß ihm diese Möglichkeit erst recht zustehen, wenn er ihr vorher schon in vertraglicher Gleichordnung gegenübergestanden hat.

C) Stellungnahme zu den Problemen der Definition und der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages im deutschen Recht.

Der Schwerpunkt bei der Behandlung öffentlich-rechtlicher Verträge liegt heute in Deutschland wie ehemals bei der Definition und der Zulässigkeit. Dabei besteht zwischen diesen beiden Problemen zwar kein unmittelbar rechtstheoretischer, aber

¹¹⁸ Wie schon erwähnt, kennt der Entwurf der BVGO. Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungs-klagen (vgl. für den gegenwärtigen Rechtszustand schon die gleichlautende Einteilung in § 65/I VGG. Rh.Pf., § 49/III BVerwGG.), hebt aber hieraus den besonderen Komplex der Klagen, die auf die Aufhebung oder bzw. und die Erteilung von VA. abzielen (Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen).

Den Hauptteil der Leistungsklagen bilden die Verpflichtungsklagen (Klage auf Vornahme eines VA.); bei den verbleibenden Leistungsklagen wird es sich oft um Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen handeln.

doch ein wesentlich praktischer Zusammenhang: Es entspricht einem sinnvollen Ergebnis, wenn ein Vertreter der Interessentheorie wie Apelt zugleich zu einer großzügigen Bejahung der Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge gelangt. Andererseits empfiehlt es sich für einen Vertreter enger Zulässigkeitsschranken, auch in die Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages zusätzliche Kriterien aufzunehmen. um einem allzu starken Kontrast zwischen — theoretisch zulässigen und in der Praxis existierenden — öffentlich-rechtlichen Verträgen vorzubeugen¹¹⁹. In Ergänzung der bisher dargelegten Ansichten und unter kritischer Berücksichtigung der französischen Lehre, insbesondere dem Begriff der clause exorbitante, soll nun nachfolgend in einer eigenen Stellungnahme der Versuch gemacht werden, ein System der öffentlich-rechtlichen Verträge im aktuellen Verwaltungsrecht zu skizzieren. Dabei wird es sich aber erforderlich erweisen, vorangehend einige verwaltungsrechtlichen Grundbegriffe näher zu bestimmen. Die Prüfung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die Untersuchung des öffentlichen Rechtskreises ganz allgemein werden uns dazu führen, die Gesamtheit der Verwaltungstätigkeiten in unmittelbare und mittelbare öffentliche Verwaltung aufzuteilen, die Begriffe Eingriffs- und Leistungsverwaltung werden näher zu untersuchen sein u. a. m.

1.) Die Bedeutung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für die verwaltungsrechtlichen Handlungsformen.

Es wird immer deutlicher, daß die Betrachtung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht mehr nur unter dem traditionellen Blickwinkel des hoheitlichen Eingriffs in Freiheit und Eigentum erfolgen kann. Mehr und mehr setzt sich die Erkenntnis durch, daß die Beschränkung der Verwaltungstätigkeit eine weitergreifende ist (es sind vor allem die Aktualität des Gleichheitssatzes und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel zu nennen), daß sie allerdings nicht soweit geht, daß für die Gesamtheit aller Verwaltungshandlungen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu fordern wäre; die Verwaltung erschöpft sich nicht im reinen Gesetzesvollzug¹²⁰. Weder genügt es heute also, nur für hoheitliche Eingriffe in Freiheit und Eigentum eine gesetzliche, ausdrückliche Ermächtigung zu fordern, noch kann man strikt jedwede verwaltungsmäßige Handlung von einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung abhängig machen. Wo die Grenzlinie nun im einzelnen zu ziehen ist, ist bei weitem noch nicht geklärt und selbst die z. Zt. ausführlichste Kommentierung von Art. 20/III GG im Kommentar von v. Mangoldt-Klein bringt insoweit nur andeutungsweise Erläuterungen. Es hat sich aber die Erkenntnis durch-

¹¹⁹ Die Notwendigkeit, diese rechtlichen Probleme unter Berücksichtigung eines gewissen Mindestmaßes an praktischen Übungen zu lösen, hat sich allgemein durchgesetzt, vgl. Forsthoff, S. 251; Imboden, S. 62: »Wie jede praktische Rechtsfrage kann auch dieses Problem nicht begrifflich, sondern nur wertend gelöst werden. Die sinnvollere, den praktischen Gegebenheiten besser entsprechende Lösung verdient den Vorzug.«

¹²⁰ Vgl. Peters, S. 5 ff. Ausdrücklich auch Becker, VVDStRL. Bd. 14, S. 101: »Die rechtssatzmäßige Gebundenheit der Verwaltung verlangt Handeln auf Grund eines Gesetzes, bedeutet aber nicht, daß die rechtssatzgebundene Verwaltung sich in exekutorischen Akten erschöpft; diese stellen vielmehr die Ausnahme dar.« Ders., Festschrift für Giese, S. 10.

gesetzt, daß es sich mehr denn je erforderlich erweist, die verwaltungsrechtlichen Betätigungen nach gleich näher zu erläuternden Gesichtspunkten zu unterteilen, da das Gesetzmäßigkeitsprinzip insoweit verschieden geartete Ausprägungen erfahren hat, (Vgl. z. B. Sicherheitsrecht und Subventionsrecht, Organisationsverwaltung, etc.)

1. Öffentliche Verwaltung.

a) Definition

Es wird sich bei der Abgrenzung vom öffentlichen und privaten Recht noch zeigen, daß die »Interessentheorie« heute der Subordinationstheorie gewichen ist. Losgelöst von einer solchen, auf die Rechtsform abstellenden Betrachtungsweise bietet jedoch das bei der Interessentheorie verwendete Hauptkriterium (eben das öffentliche Interesse) interessante Möglichkeiten für eine Betrachtung des rein tatsächlichen Charakters der Verwaltungshandlung, eine Betrachtung, die heute mehr denn je an Aktualität gewinnt; denn es hat sich immer mehr eingebürgert, neben den Begriff der öffentlich-rechtlichen Betätigung die umfassendere Konzeption der öffentlichen Tätigkeit der Verwaltungsbehörden zu stellen¹²¹. Dies ist vor allem dadurch zu erklären, daß die Verwaltung — hauptsächlich im Anschluß an die sprunghaft zunehmenden Mangelsituationen ab 1914 — immer mehr Funktionen übernommen hat, die sich nur schwer in das verwaltungsrechtliche System der liberalistischen Zeit vor 1914 einordnen ließen. Es ist das vornehmliche Verdienst Forsthoffs, auf diese strukturändernde Funktionszunahme der Verwaltungsbehörden hingewiesen zu haben¹²², worauf bei der Behandlung der Leistungsverwaltung noch eingehend zurückzukommen sein wird. Die Veranlassung zu einer solchen Betonung der »wahren Natur« der in dieser oder jener Form ausgeübten Verwaltung ergab sich für die Verwaltungsrechtslehre gerade bei diesen Leistungsfunktionen, wo es galt, das auf Grund der mangelnden Durchnormierung weite Ermessen der Verwaltungsbehörden durch die Aktualität der Grundrechte und weitere allgemeine Rechtsgrundsätze einzuschränken. So hat das erste Mal Siebert in einer bahnbrechenden Schrift¹²³ den »unmittelbaren öffentlichen Zweck«, die »öffentliche Aufgabe« in den Vordergrund gestellt, die mit Mitteln des öffentlichen, aber auch in Formen des Privatrechts bewältigt werden könne, eine These, der Bachof¹²⁴ kurz darauf weitgehend zugestimmt hat und die für diese Verwaltungsaufgaben Maunz-Dürig¹²⁵ zu der Feststellung geführt hat, daß bei dieser »fiskalischen Verwaltung« in Wirklichkeit öffentliche Verwaltung, also »materiell öffentliche Zwecke und Aufgaben in privatrechtlichen Formen« verwirklichende Verwaltung vor-

¹²¹ Z. B. Helmreich-Widtmann, Anm. 2 vor Art. 56 GO.

¹²² Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, früher schon Kaufmann, Art. Verwaltung, Verwaltungsrecht in Stengl-Fleischmanns WBStVR. Bd. 3, S. 688 ff.

¹²³ Siebert, Festschrift für Niedermeyer, S. 219 ff.; diese Schrift ist m. E. deshalb so bahnbrechend, weil hier bei der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung für das rein Tatsächliche der öffentlichen Gewährung und gegen die Rechtsform entschieden wurde, in der diese Gewährung erfolgt; so wurde der verwirrende Fiskusbegriff wenigstens aus der unmittelbaren Verwaltung hinausgedrängt, wo er schon überhaupt nicht am Platze ist.

¹²⁴ Bachof, VVDStRL. 12, S. 55 Anm. 1; zum Begriff der Fiskalverwaltung a. a. O. S. 126: »Besser, läßt man m. E. den unpräzisen Begriff ganz aus dem Spiel.«

¹²⁵ Maunz-Dürig, Anm. 134 zu Art. 1/II GG.

liege. Auch Becker bekennt sich zu einer solchen Betrachtungsweise, wenn er ausführt, daß sich »im Unterschied zur älteren Lehre« die Verwaltungsrechtslehre »auch mit den Verwaltungsaufgaben¹²⁶« zu befassen habe, »weil sie mit Rücksicht auf die Verwaltungswirklichkeit nicht aus der Verwaltungsrechtslehre ausgeschieden werden dürfen« und auch die aktuelle Forderung einer Verwaltungslehre¹²⁷ gehört ganz zu diesen Problemen, da es gerade Aufgabe der Verwaltungslehre ist, primär das Tatsächliche, das Funktionelle und nicht die Form der Verwaltungshandlungen zu untersuchen.

Nur durch diese materielle Betrachtungsweise wird es auf die Dauer gelingen, die sich vielfach außerhalb positivrechtlicher Bereiche bewegendenden Leistungsgewährungen in einem »Verwaltungsprivatrecht¹²⁸«, (besser vielleicht noch) in einem »Mischrecht« zu erfassen, das den rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht.

Der Versuch einer Definition im einzelnen.

Die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft ist bis jetzt bei dem Versuch, den Begriff der »öffentlichen Verwaltung« zu definieren, noch zu keinem exakten Ergebnis gekommen; das liegt vielleicht daran, daß sich die Verwaltung in einem gewissen Sinne überhaupt »zwar beschreiben, aber nicht definieren läßt¹²⁹«. So folgt Forsthoff aaO z. B. einer weitgehenden deskriptiven Methode, wenn er ausführt: »Die Mannigfaltigkeit, in der sich die einzelnen Verrichtungen der Verwaltung ausformen, spottet der einheitlichen Beschreibung. Der Staat sorgt durch die Polizei für öffentliche Sicherheit und Ordnung, er erhebt Steuern und führt die aufkommenden Mittel ihrer gehörigen Verwendung zu, er legt Straßen und Kanäle an und regelt den Verkehr auf ihnen, er verteilt durch die Arbeitsämter die Arbeitskraft und gewährt ihr in der Sozialversicherung Schutz und Fürsorge, er unterhält Schulen, Universitäten, Museen und Theater, er kontrolliert die Energiewirtschaft, er läßt sozial wichtige Organisationen und Unternehmungen seine finanzielle und sonstige Förderung zuteil werden, er ist über eigene Banken Träger der Währung — in allen diesen Funktionen übt der Staat Verwaltung aus«.

Auf der anderen Seite hat es jedoch auch nicht an zahlreichen Versuchen gefehlt, die öffentliche Verwaltung nicht nur zu beschreiben, sondern mit einer ausdrücklichen Definition zu erfassen.

¹²⁶ Becker, VVDStRL. 14, S. 97.

¹²⁷ Vgl. Forsthoff, Rechtsprobleme, S. 47 ff., Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre; Becker, VVDStRL. 14, S. 131: »Mir scheint, daß uns aufgegeben ist, die Verwaltungsrechtslehre durch eine Verwaltungslehre und eine Verwaltungspolitik zu ergänzen«, eine Ansicht, der voll zuzustimmen ist.

Verwaltungslehre ist, wie Peters, S. 10 ff. betont, eine Seinswissenschaft; vgl. eingehend zur Verwaltungslehre noch Becker, Festschrift für Giese, S. 15 ff.

¹²⁸ Dieser »plastische« (Matnz-Dürig a. a. O.) Ausdruck stammt von Wolff, S. 84; besser wäre es vielleicht, diesen Begriff der Abwicklungsstufe vorzubehalten, da sich die »Gewährungsstufe« oft in öffentlich-rechtlichen Formen (VA.) vollzieht.

Vgl. für Ablehnung zur Zulassung zu einer (privat-rechtlich betriebenen) gemeindlichen Anstalt VGH. 9 II 114 (betr. Straßenbahn der Stadt München). Wohnungsbaurecht vgl. BVerwG. 1, 300. Subventionsrecht: Ipsen, S. 64 ff. und daran anschließend die bei Witten kommentierte Rechtsprechung des BVerwG. (DVBl. 1958, S. 699 ff.).

¹²⁹ Forsthoff, S. 1.

So bezeichnen schon Otto Mayer¹³⁰ und W. Jellinek¹³¹ als öffentliche Verwaltung »die Tätigkeit des Staates zur Erfüllung der Aufgaben«, die nicht Rechtssprechung und Rechtssetzung sei. Turegg sieht die Verwaltung ebenfalls negativ dadurch gekennzeichnet, daß sie nicht Rechtssetzung, Rechtssprechung und Wirtschaftslenkung sei. Alle andere staatliche Tätigkeit sei öffentliche Verwaltung¹³². Nebinger versteht unter öffentlicher Verwaltung »die nach einer bestimmten Ordnung in Ausübung öffentlicher Gewalt vor sich gehende planmäßige Tätigkeit des Staates oder eines anderen ermächtigten Hoheitsträgers¹³³.«

Neben diesen formell-negativen Abgrenzungen¹³⁴ hat es auch nicht daran gefehlt, in die Definition der öffentlichen Verwaltung mehr materielle Kriterien aufzunehmen. Peters¹³⁵ stellt fest, daß die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung zweckorientiert sein müsse, und daß sie zielgebunden sei, Köttgen¹³⁶ führt aus, daß die öffentliche Verwaltung niemals von sich aus, sondern nur auf Grund eines Auftrags tätig werden könne, nach Wolff¹³⁷ kann öffentliche Verwaltung nur die Tätigkeit des Staates oder der von ihm berufenen Rechtssubjekte sein, die materiell öffentliche Angelegenheiten zum Gegenstand habe. Auch Bachof¹³⁸ sagt schließlich, öffentliche Verwaltung werde immer im Auftrag der Allgemeinheit und mit Mitteln der Allgemeinheit durchgeführt. Sie unterscheide sich von einer äußerlich gleichartigen Tätigkeit eines Privatmannes: Aufgabe und Ziel des Verwaltungshandelns seien das die öffentliche Verwaltung charakterisierende Merkmal.

Stellungnahme.

Bei dem Versuch, »öffentliche Verwaltung« zu definieren bzw. zu beschreiben, empfiehlt es sich zuerst einmal, auf den »dynamischen«, nicht »statischen« Charakter der modernen Verwaltung hinzuweisen. Zu Zeiten der eingriffsverwaltungsrechtlichen Konzeption war die Verwaltung auf einige ordnungsbewahrende »status-quo« — Funktionen beschränkt, was z.B. in Frankreich zu einer Lehre vom *service public* par

¹³⁰ Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 1, S. 13 und hierzu Becker, VVDStRL. 14, S. 100, insbes. Anm. 26.

¹³¹ Verwaltungsrecht, S. 6.

¹³² Verwaltungsrecht, S. 1.

¹³³ Verwaltungsrecht, S. 1.

¹³⁴ Becker, Festschrift für Giese, S. 9 spricht von »negativer und positiver Begriffsdeutung«.

¹³⁵ Verwaltungsrecht, S. 3.

¹³⁶ Köttgen, DVBl. 1957, S. 443; im gleichen Sinne bereits E. Kaufmann im WbDStuVR., S. 688. Verwaltungsleistungen des Staates »differenzieren sich nach den Zwecken und nach den Aufgaben, deren Lösung sich der Staat unterzieht.«

¹³⁷ Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 10.

¹³⁸ VVDStRL. 12, S. 61.

Becker definiert in diesem Zusammenhang, VVDStRL. 14, S. 105: »Verwaltungstätigkeit ist Verwirklichung der Verwaltungszwecke für den konkreten Fall im Sinne einer Sozialgestaltung nach der Rechtsordnung.«

¹³⁹ Vgl. hierzu oben Anm. 27 zu S. 17.

¹⁴⁰ Forsthoff, S. 3. Eine Parallele hat diese Ansicht im deutschen Verwaltungsrecht kürzlich auf dem Gebiete der Daseinsversorgung erfahren, das man gerne (Friesenhahn, List, früher auch Forsthoff) als »vorgegebenen, typischen und dem Staat vorbehaltenen Aufgabenbereich« bezeichnet; hierzu Näheres bei der Behandlung des »Subsidiaritätsprinzips«, S. 92 ff.

nature¹³⁹, d.h. des fest umrissenen, unabänderlichen Aufgabenbereichs öffentlicher Verwaltung¹⁴⁰, geführt hat. Der heutigen »verfassungspolitischen Grundsituation«¹⁴¹ entspricht demgegenüber ein Staat, in dem die Gemeinwohlverwirklichung zu stets wechselnden und in der Gesamttendenz leider zunehmenden Verwaltungsfunktionen führt. Die Formel Otto Mayers von der Tätigkeit des Staates zur »Verwirklichung seiner Zwecke« entspricht in diesem Sinne ganz der Erkenntnis, daß Art und Umfang der öffentlichen Verwaltung am jeweiligen verfassungsrechtlichen Leitbild ausgerichtet sein muß. »Vergeht« daher Verfassungsrecht, so hat dies erhebliche Wirkungen auch für den Umfang und das Wesen des Verwaltungsrechts¹⁴², wie der sich mit der Schrift Forsthoffs: »Die Verwaltung als Leistungsträger« (1938) vollziehende »Umbruch im verwaltungsrechtlichen Denken«¹⁴³ beweist. — Von dieser Erkenntnis ausgehend, kann man dann aber weder auf die formell-negative, noch auf die funktionelle Betrachtungsweise verzichten. Die Gewaltenteilung ist ein Grundprinzip unseres Rechtsstaates; denn mit eine der Hauptaufgaben des Rechtsstaates ist es, die beim Souverän konzentrierte Staatsgewalt aufzuteilen¹⁴⁴, und zwar dergestalt, daß einem Träger (der Volksvertretung — demokratisches Prinzip) die Gesetzgebungsgewalt zukommt, einem weiteren Organ die Ausführungsgewalt hinsichtlich dieser Gesetze. Die Ausführungsgewalt hat also (mit Vorbehalten) den Charakter eines »Vollstreckers«, eines »Konkretisierers des Willens des Gesetzgebers«; die Definition der öffentlichen Verwaltung hat als Ausgangspunkt unumgänglich das rechtsstaatliche Prinzip der Gewaltenteilung zu wählen.

Auf dieser Grundlage erscheint es dann allerdings angebracht, den tatsächlichen Inhalt der in Frage stehenden Verwaltungshandlung näher zu berücksichtigen. Dabei stellt sich dann heraus, daß zwar die Handlung ein neutraler Vorgang ist¹⁴⁵, daß man aber (mit wenigen Ausnahmen in der Vergangenheit, vgl. z. B. Macchiavelli, *Il Principe*) grundsätzlich Sinn und Zweck dieser Tätigkeit bei der öffentlichen Verwaltung in der Befriedigung von Bedürfnissen der Allgemeinheit sieht¹⁴⁶.

¹⁴¹ Diesen Ausdruck verwendet Forsthoff, S. 3.

¹⁴² Dies gegen den Satz O. Mayers: »Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht«, der aus seiner Zeit heraus im Anschluß an die Revolution sicher richtig war, der aber keine allgemeingültige Formel darstellen kann: heute bedauern wir es sogar, daß sich die verwaltungsrechtlichen Begriffe aus der liberal-rechtsstaatlichen Zeit (Eingriffsverwaltung) so hartnäckig halten; Forsthoff, S. 51; Becker, VVDStRL. 14, S. 101; Rupp, DVBl. 1958, S. 114.

¹⁴³ Becker, VVDStRL. 14, S. 100.

¹⁴⁴ Diese Absicht lag auch und gerade schon Montesquieu zugrunde (*De l'Esprit des lois*, S. 169: »Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir«), selbst wenn es ihm dabei vor allem darum gegangen ist, wie Menger VVDStRL. 15, S. 25 betont, »die vorhandenen politischen Kräfte — Krone, Adel, Volk — die er »Gewalten« nennt, in die notwendige Gleichgewichtslage zu bringen. Gerade dadurch wurde Montesquieu »zu einem der großen Wegbereiter des heutigen konstitutionellen Staates« (Imboden, *Gesetz*, S. 1).

¹⁴⁵ Bachof, VVDStRL. 12, S. 61.

¹⁴⁶ Wolff, S. 14 spricht von fremdnütziger Verwaltung, »weil die Verwaltenden nicht ihre eigenen Angelegenheiten, sondern die der Träger des Gemeinwesens wahrnehmen und dies auch im Interesse jener Träger geschehen soll«. Vgl. ferner den aufschlußreichen Diskussionsbeitrag Merks in VVDStRL. 12, S. 99: »In der Aufklärungszeit haben Christian von Wolff und Joh. Steph. Pütter den Gedanken ausgesprochen, daß die Staatsgewalt der Obrigkeit nur zum Wohle der Allgemeinheit eingeräumt sei.«

All dies führt im Anschluß an die Lehre zu folgender Definition:

Unter öffentlicher Verwaltung ist die Gesamtheit der im unmittelbaren und mittelbaren Interesse der Öffentlichkeit erfolgende Tätigkeit der Exekutivbehörden zu verstehen.

Diese Definition der öffentlichen Verwaltung ist, obwohl sie ein materielles Merkmal enthält (öffentliches Interesse) wesensgemäß abstrakt; daher muß die Frage nach dem tatsächlichen Inhalt und Umfang der Verwaltungsaufgaben nach der jeweiligen Verfassung und der im Rahmen dieser Verfassung bestehenden Verwaltungswirklichkeit beurteilt werden. Dabei fällt entscheidend das schon erwähnte Verhältnis des Staates zur Gesellschaft ins Gewicht. Die Wahrnehmung wichtiger, nach unserem heutigen sozialen Gerechtigkeitsempfinden erforderlichen Sozialordnungsfunktionen durch den Staat (Sozialstaat) brachte eine immense Zunahme des Tätigkeitsbereichs der öffentlichen Verwaltung mit sich.

Das Grundgesetz hat zwischen den Polen Ordnungsbewahrstaat¹⁴⁷ und totalen¹⁴⁸ Verwaltungsstaat die gleiche Mittlerrolle¹⁴⁹ bezogen, die ihr zwischen der liberalen Marktwirtschaft und der umfassenden Planwirtschaft zu eigen ist. Die Verwaltungswirklichkeit zeigt, daß auf manchen Gebieten der Gesetzgeber sich auch die rechtsverbindliche Regelung der Detailfragen vorbehalten hat (Lastenausgleichsrecht, Steuerrecht), wo dann die Verwaltung weitgehend zum Vollzug und zur Konkretisierung von schon vorgegebenem Recht berufen ist (Gesetzesstaat¹⁵⁰), während gerade auf weiten Bereichen jener modernen Leistungsverwaltung (z. B. Subventionsrecht) karge Ermächtigungen und Aufträge des Gesetzgebers, »Staatszielbestimmungen« der Verfassung

¹⁴⁷ Böhmert, VVDStRL. 12, S. 116 spricht von einem »manchesterlichen Nachtwächterstaat« einerseits und von einem »staatskapitalistischen Staat im sozialistischen Sinn« andererseits.

¹⁴⁸ Das Adjektiv »total« stammt von Becker, VVDStRL. 14, S. 117, da dem modernen Sozialstaat niemand mehr ein gewisses Maß an verwaltungs- und wohlfahrtsstaatlichen Tendenzen absprechen kann. Demgemäß hält es Dürig für »ratsam, unseren Staat, der weder liberaler Rechtsbewahr- noch sozialistischer Versorgungsstaat ist, weiterhin als rechtsstaatlich gebundenen Wohlfahrtsstaat zu bezeichnen« (AöR. 79, 255). Ebenso Dürig, JZ. 1953, S. 193 ff. Und Scheuner, RStuW. 1951, S. 126 ff. und Forsthoof, Rechtsprobleme, S. 52: »Die rechtsstaatliche Verwaltung und das wissenschaftliche System ihres Rechts konnte nur entstehen . . . mit der Eliminierung des Wohlfahrtszwecks. Die Entwicklung, der wir uns heute gegenübersehen, ist jedoch durch die Tatsache gekennzeichnet, daß der moderne Staat, im Zeichen der Sozialstaatlichkeit, bei Erhaltung der rechtsstaatlichen Verfassung in weitem Umfang zur Wohlfahrtsförderung zurückgekehrt ist«. Etwas zu weit scheint Abendroth, VVDStRL. 12, S. 92 zu gehen, wenn er auch einen die »gesamte Gesellschaftsordnung und ihre wirtschaftlichen Grundlagen bewußt umgestaltenden sozialen Wohlfahrtsstaat« noch auf Grund unserer grundgesetzlichen Ordnung für realisierbar hält.

¹⁴⁹ Dadurch soll keineswegs gesagt werden, daß sich das GG. zu einer »wirtschaftspolitischen Neutralität« bekannt habe (vgl. etwa Krüger, DVBl. 1951, S. 361 ff., für eine manchesterlich-liberale Passivität des Staates gar Ballerstedt, DOV. 1951, S. 159; vgl. ders. auch AöR. 74, S. 158; zum ganzen Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1953, S. 31 f.; »die Zeit „der wirtschaftspolitischen Unschuld“ des Staates ist vorbei« (H. Krause, Festschrift für Hueck, S. 414). Aber innerhalb seiner Verantwortung, die er »für das Sozialgefüge und das Funktionieren der Bedarfsdeckung« (Krause, a. a. O.) hat, gewährt ihm das GG. einen gewissen Spielraum.

¹⁵⁰ Diesen Punkt hat Merk, VVDStRL. 14, S. 204 stark betont: »Es kann so auch vorkommen, daß die Volksvertretung die Tätigkeit der Verwaltung weitergehend, als dies früher der Fall war, einengt, indem sie in die Gesetze vielfach Vorschriften über die nähere Durchführung, auch technischer Art, aufnimmt, was früher zum guten Teil den Verwaltungsbehörden überlassen wurde, durch Rechtsverordnungen oder durch innere Verwaltungsvorschriften zu regeln.«

usw. die Tätigkeit der Verwaltung kennzeichnen (Verwaltungsstaat¹⁵¹). Diese Phänomene, die in dem für diese Darstellung erforderlichen Umfang noch bei den einzelnen Problemen behandelt werden sollen, tragen wesentlich mit zur inhaltlichen Ausfüllung obiger Definition von der öffentlichen Verwaltung bei.

Der Definition von der öffentlichen Verwaltung liegt eine Unterscheidung in unmittelbare und mittelbare öffentliche Verwaltung zugrunde, eine Differenzierung, die einen griffigen Ansatzpunkt zur Erfassung jener zwielichten »erwerbswirtschaftlich-fiskalischen« Betätigungen geben dürfte und darüber hinaus, wie sich zeigen wird, von allgemeinem systematischen Wert ist¹⁵². Unter unmittelbarer öffentlichen Verwaltung ist die Tätigkeit zu verstehen, in der der *Endzweck* der Verwaltung schon realisiert wird, die mittelbar öffentliche Verwaltung erfaßt diejenigen Vorgänge, die die Verwaltung der Erfüllung anderer, sekundärer Zwecke vorschalten muß (Leistungs- und Sachbeschaffungsvorgänge.)

b) Die unmittelbare öffentliche Verwaltung.

Als wesentlichstes Merkmal ist es aller unmittelbar öffentlichen Verwaltung eigen, daß sie der Grundrechtsbindung unterliegt. Hinsichtlich der Grundrechtsbindung¹⁵³ besteht gegenwärtig die Streitfrage, ob auf die Rechtsform einer Verwaltungshandlung¹⁵⁴ oder auf den materiellen Inhalt der Tätigkeit¹⁵⁵ abgestellt werden soll. Eine Hervorkehrung der Rechtsform in diesem Punkte scheint heute bei der unmittelbar öffentlichen Verwaltung nicht mehr gerechtfertigt, denn eine »Rechtsformverlagerung« darf hier nicht nur keine Freizeichnung sondern auch keine Einschränkung bzw. Modifizierung der Grundrechtswirkung mit sich bringen¹⁵⁶. So ist es für die

¹⁵¹ Der Staat, »in dem die Exekutive von den drei Grundgewalten die dominierende Rolle einnimmt und beansprucht«, vgl. Imboden, Gesetz, S. 37; Forsthoff, S. 9 spricht präziser von einer Abtretung der Normsetzung von der Gesetzgebung an die vollziehende Gewalt im Ermächtigungswege.

Vgl. hierzu schon Klein, Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat (1952), E. Kaufmann, Ausführungen ebenda, Schack, Festschrift für Karl Haff (1950), S. 359 und Peters, Festgabe für Laforet, S. 19 ff., Der Kampf um den Verwaltungsstaat.

¹⁵² Zu einer solchen Unterscheidung bekennt sich im Ergebnis auch Forsthoff, wenn er ausführt S. 323): »Wirtschaftliche Unternehmen dienen der Daseinsvorsorge dann, wenn sie unmittelbar den einzelnen Staatsgenossen Leistungen und Vorteile gewähren; unmittelbar muß der Vorteil sein, d. h. er muß dem Einzelnen direkt zugute kommen. Das trifft für die fiskalische Betätigung nicht zu, mit welcher die Verwaltung ihren eigenen, in aller Regel finanziellen Vorteil sucht, der nur indirekt insofern auch ein Vorteil des Einzelnen sein kann, als die Einnahmen aus fiskalischen Unternehmen eine Ermäßigung der steuerlichen Umlagen gestatten.« Entsprechend auch Maunz-Dürig, wenn sie (Anm. 135 ff. zu Art. 1/III GG.) die »rein fiskalische Verwaltung« (privatrechtliche Hilfsgeschäfte, erwerbswirtschaftliche Staatsstätigkeit) herausstellen. Noch einen Schritt weitergehend und ausdrücklich den tatsächlichen Vorgang der Sach- und Leistungsbeschaffung, nicht so sehr die Rechtsform betonend, in der diese geschieht, Becker, VVDStLR. 14, S. 108, der die dem Leistungszweck vorgeschalteten öffentlich-rechtlichen Sach- und Leistungsbeschaffungsvorgänge als »Komplementärfunktionen zur Erfüllung von Leistungsaufgaben« bezeichnet, worauf bei der Behandlung der Eingriffsverwaltung noch zurückzukommen sein wird.

¹⁵³ Die diesbezüglichen Ausführungen müssen hier beschränkt bleiben, da es sich in dieser Arbeit hierbei um ein Randproblem handelt.

¹⁵⁴ Wesentlichster Vertreter Dürig, Festschrift für Nawiasky, S. 186 und Maunz-Dürig, Anm. 137 zu Art. 1/III GG.

¹⁵⁵ Vgl. etwa Bachof, VVDStLR. 12, S. 63 und DÖV. 1953, S. 423.

¹⁵⁶ Über die etwas verschiedene Lage bei der mittelbaren öffentlichen Verwaltung vgl. nachfolgend.

Grundrechtswirkung bei der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung im Ergebnis gleichbleibend, ob man von hoheitlicher oder schlicht-hoheitlicher Verwaltung, von obrigkeitlicher oder schlichtobrigkeitlicher, von öffentlicher Verwaltung oder von öffentlicher Gewalt spricht, wenn man nur das tatsächliche Wesen der damit verstandenen Handlungen im Sinne von unmittelbar im Interesse und gegenüber der Öffentlichkeit erfolgenden Verwaltungsmaßnahmen begreift¹⁵⁷.

Dabei gilt es dann schließlich noch, sich von einer Gleichsetzung von unmittelbar öffentlicher mit öffentlich-rechtlicher Verwaltung zu hüten. Eine solche Gleichsetzung brächte die größte Verwirrung und erscheint heute unter keinen Umständen mehr angezeigt¹⁵⁸. Zutreffend stellte schon Siebert¹⁵⁹ fest: »Die Vorstellung, es müsse die Scheidung in öffentliches und privates Recht mit der Scheidung in öffentliche und private Sphäre parallelgehen, ist überholt¹⁶⁰. Ein Blick zum französischen Recht zeigt, daß dort der Rechtszustand ähnlich ist. Der Begriff der öffentlichen Verwaltung hat große Ähnlichkeit mit dem *service public*, die Eingriffsverwaltung entspricht in etwa den *services publics administratifs*. Das französische Recht hat aber den Vorteil, daß dort die Gleichsetzung von öffentlichem Interesse und öffentlichem Recht der Vergangenheit angehört, eine Erkenntnis, die bei uns, wie das Beispiel Friesenhahn zeigt, nicht durchwegs befolgt wird¹⁶¹.

c) Verwaltungshandlungen, die nur mittelbar dem öffentlichen Interesse dienen.

Die Gesamtheit dieser Handlungen soll mit dem Ausdruck: (Primäre) Güter- und Leistungsbeschaffung im Hinblick auf (sekundäre) Verwaltungszwecke« umschrieben werden. Dabei ist festzuhalten, daß unter diesen Begriff eine wesentlich größere Anzahl von Verwaltungshandlungen fällt, als es zuerst den Anschein hat. Hierher zu rechnen sind u. a. die Volleningliederung von Personen in den Verwaltungskörper (Beamte, Angestellte) und die Teileingliederungen (gesetzliche oder individuelle Indienstnahme Privater¹⁶²), weiter die vielfältigen Sachbeschaffungsvorgänge (Kauf

¹⁵⁷ Zu undifferenziert z. B. noch Becker, VVDStRL. 14, S. 111: »Die öffentliche Verwaltung ist auch bei nichtgesetzesakzessorischer Verwaltungstätigkeit an die Achtung der Grundrechte gebunden, die unmittelbar geltendes Recht nicht nur im allgemeinen und im besonderen Rechts- und Pflichtenverhältnis, sondern auch bei staatlichem Handeln in den Formen des Privatrechts sind«, denn einmal schließen sich »besonderes Rechtsverhältnis« und »staatliches Handeln in Form des Privatrechts« keineswegs aus, zum andern scheint sich diese Formulierung auch auf die mittelbare öffentliche Verwaltung zu erstrecken, wo nur mit Vorbehalten von einer Grundrechtsgeltung gesprochen werden kann.

¹⁵⁸ Sie hat neuerdings z. B. Friesenhahn versucht, vgl. ElW. Bd. 56, Heft 1, S. 12 ff.

¹⁵⁹ Siebert, Festschrift für Niedermeyer, S. 219.

¹⁶⁰ Dabei ist nicht zu verkennen, daß gerade auf dem Gebiete der Leistungsverwaltung die Interessentheorie wieder an Boden gewinnt (vgl. unten S. 184).

¹⁶¹ Der Begriff der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung kommt natürlich überall dort nicht in Betracht, wo ein Rechtsvorgang an die Rechtsform anknüpft, wie z. B. bei der Frage des Rechtswegs oder des Staatshaftungsrechts (Beispiel: Die in Darlehensform gewährte Subvention).

¹⁶² Vgl. E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 547 ff. (privilegierte und konzessionierte betriebene Unternehmen); Ipsen, Festgabe für E. Kaufmann (1950), S. 141 ff.; K. Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand (1959).

von Grundstücken zum Anlegen neuer Straßen) und schließlich das weite System staatlicher Finanzmittelbeschaffung, zu dem neben Abgaben (Steuern, Gebühren etc.) auch die Einkünfte aus behördlichen (d. h. i. d. R. staatlichen oder gemeindlichen) Wirtschaftsbetrieben zu rechnen sind (Porzellanmanufaktur), da ja auch die auf letzterem Wege erlangten Mittel nicht Selbstzweck sind, sondern für die Allgemeinheit Verwendung finden¹⁶³.

Im Gegensatz zur unmittelbaren Verwaltung läßt sich bei der mittelbaren öffentlichen Verwaltung nicht undifferenziert von einer allgemeinen Geltung der Grundrechte sprechen. Es empfiehlt hier sich, primär einmal auf die Rechtsform abzustellen. Vollzieht sich eine Sach- oder Leistungsbeschaffung in den Formen des öffentlichen Rechts (Steuer, Enteignung), dann ist die Grundrechtsgeltung voll zu bejahen. Bei einer privatrechtlichen Leistungs- oder Sachbeschaffung wird man aber nur dann zu einer Grundrechtsregelung kommen können, wenn der Staat in Ausübung einer Monopollage handelt¹⁶⁴.

2. Eingriffs- und Leistungsverwaltung

a) Geschichtliche Entwicklung

Die vorstehende Aufteilung der Verwaltung in unmittelbare und mittelbare öffentliche Verwaltung beruht hauptsächlich auf der Erkenntnis, daß die Verwaltungshandlungen teils selbst Gemeinwohlverwirklichung bilden, teils auch Vorgänge darstellen, die (primär) einer solchen (sekundären) Gemeinwohlverwirklichung dienen. Diese erste große Aufteilung der Verwaltungshandlungen ist für sich allein zwar erforderlich, aber nicht ausreichend. Bei der unmittelbaren Gemeinwohlverwirklichung wie bei den Vorgängen, die einer solchen vorgeschaltet sind, lassen sich Gebiete abheben, die solch verschiedenen allgemeinen Regeln folgen, daß sie in einem verwaltungsrechtlichen System einer getrennten Behandlung bedürfen. Dabei erhebt sich sogleich die Frage, nach welchen Gesichtspunkten eine solche Unterscheidung zu erfolgen habe. Eine solche Unterteilung erhält ihren rechten Sinn nur, wenn die Verwaltungsrechtsgebiete zusammengefaßt werden, hinsichtlich derer einheitliche allgemeine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Rechtsgrundsätze gelten. Die Untergliederung

¹⁶³ Eine grobe Einteilung brächte also die Beschaffung von (personellen) Leistungen und von (sächlichen) Gütern, wobei bei letzterer die Beschaffung von Geld wieder gesondert zu erfassen wäre. Dabei erscheint der Ausdruck »Fiskalverwaltung« heute nur noch für die in privatrechtlicher Form erfolgende Geldbeschaffung angebracht. Weiter die h. L., für die stellvertretend Ipsen, S. 20 angeführt sei. Fiskalverwaltung sei »... aktive und unmittelbare Teilhabe am Wirtschaftsablauf zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken, d. h. zur Erlangung, Produktion oder Verteilung von Wirtschaftsgütern, deren primärer Zweck nicht identisch ist mit der öffentlichen Aufgabe, der sie sekundär (nämlich zur Stärkung staatlicher Finanzkraft, zur Beschaffung von Haushaltsmitteln, zur Befriedigung des öffentlichen Bedarfs an Sachgütern für die Durchführung öffentlicher Verwaltungsaufgaben usw.) dient.« Ebenso Dürig, Nawiasky-Festschrift, S. 186 ff. und (Ipsen folgend) OVG. Saarland, DVBl. 1959, S. 708.

¹⁶⁴ Im Ergebnis entsprechend Maunz-Dürig, Anm. 135 zu Art. 1/III GG. Für eine allgemeine Geltung der Grundrechte in diesem Bereich ist bisher nur Löw, DOV. 1957, S. 880, eingetreten.

muß also zu einem vom verwaltungsrechtlich-juristischen Standpunkt aus möglichst praktikablen Ergebnis führen. Dabei läßt sich die weitere Frage, welche Rechtsgebiete einheitlichen Grundprinzipien folgen, nur an Hand der positiven Normierungen lösen, die die entsprechenden Gebiete erfahren haben und aus der Staatstheorie heraus, die die einzelne Epoche überhaupt vertritt. Dies sei gleich näher veranschaulicht.

Der Gedanke, daß es eine Aufgabe des Staates sei, für das Wohl seiner Bürger zu sorgen, ist so alt wie der Staat selbst. So erklärte Plato die Entstehung des Staates damit, daß jeder einzelne von uns sich selbst nicht genüge, sondern Vieler bedürfe. Was den Staat gründe, sei das Bedürfnis des Menschen. Auf die Befriedigung dieses Bedürfnisses müsse alle Tätigkeit des Staates gerichtet sein durch einen Ausgleich zwischen seinen Bürgern; er soll dazu verhelfen, daß dem einzelnen das zur Verfügung gestellt werde, was er selbst nicht erwerben oder herstellen könne¹⁶⁵.

Immer wieder wird in den Betrachtungen über Wesen und Aufgaben des Staates der Staat als eine Vereinigung von Menschen gesehen, die sich zum gemeinsamen Nutzen miteinander verbunden haben¹⁶⁶; denn die Menschen geben ihre persönliche Freiheit nur auf, wenn es ihr eigener Vorteil erfordert¹⁶⁷.

Diese Leistungsfunktionen wurden im Polizeistaat als die vom Souverän den Untertanen gewährten Wohltaten verstanden, was im aufgeklärten Absolutismus zu einer »absolutistisch-administrativen« Exekutive führte. Diesem »eine positiv fördernde Regulierung des gesamten nationalen Daseins¹⁶⁸« erstrebenden Staatstyp stellte der bürgerliche Rechtsstaat eine ausgesprochen beschränkte Leistungsfunktion entgegen, die am deutlichsten zum Ausdruck kommt in der frühen und klassischen Schrift Wilhelm von Humboldts, »Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen (1794)«: »Der Staat enthalte sich aller Sorgfalt für den positiven Wohlstand der Bürger und gehe keinen Schritt weiter als zu ihrer Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist; zu keinem anderen Endzweck beschränke er ihre Freiheit¹⁶⁹ (Gewährleistung der äußeren und inneren Sicherheit). Ausgehend von der Prämisse, die »Daseinsstabilisierung« werde im wesentlichen durch die Kräfte der Gesellschaft selbst reguliert¹⁷⁰, wies diese Staatsauffassung also dem Staat die Stellung eines bloßen Ordnungsgaranten¹⁷¹ zu, der seine Position *außerhalb* der autonomen Gesellschaft hatte und zur Bewahrung des Rechtes eben

¹⁶⁵ Politeia, 2. Buch, 11. Kapitel, 369 b; zitiert nach »Platon, Phaidon, Politeia«, Rowolths Klassiker, Bd. 27 (Hamburg, 1958).

¹⁶⁶ Vgl. Cicero, Über den Staat, 1. Buch, 25. Kapitel; Thomas von Aquin, Von der Herrschaft der Fürsten, 1. Buch, 1. Kapitel.

¹⁶⁷ Rousseau, Contrat social, 1. Buch, 2. Kapitel.

¹⁶⁸ Scheuner, VVDStRL. 14, S. 182.

¹⁶⁹ Zitiert nach Maunz, Gutachten, S. 5; vgl. auch Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung I, S. 168 ff. und Forsthoff, Rechtsfragen, S. 50: »Von der Verwerfung der positiven staatlichen Wohlfahrtspflege in Wilhelm von Humboldts Jugendschrift bis zum Kreuzbergurteil des preußischen Oberverwaltungsgerichts verläuft eine gerade Linie folgerichtiger Entwicklung.« Weiter Menger, DOV. 1955, S. 587.

¹⁷⁰ Eine Annahme, die sich, wie das »Manchestertum« zeigt, nur sehr begrenzt als richtig herausstellte.

dieser Gesellschaft berufen war, also hauptsächlich Funktionen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (eingeschränkter »Polizey«-begriff) zu erfüllen hatte. Zwar fehlte es auch damals schon nicht an Stimmen, die auf den Kultur-, den Wohlfahrtszweck des Staates hinwiesen¹⁷², aber die »Verwaltungsrechtswissenschaft hat sich auf die Erkenntnisse von Wilhelm von Humboldt, Kant, Hegel, Stahl und Gneist gestützt¹⁷³«. Das ist der wesentliche Punkt in der ganzen liberalen Staatsauffassung des 19. Jahrhunderts. Denn in Wirklichkeit ist es auch zu Zeiten des bürgerlichen Rechtsstaats nie völlig gelungen, den Wohlfahrtszweck ganz zu eliminieren, aber diese Sozialfunktionen wurden eben teils in das System der Obrigkeitsverwaltung hineingezwängt (Vagabunden(!)wesen, also Fürsorgewesen), teils wurden sie, als dem Wesen nach zum Privatrecht gehörend betrachtet¹⁷⁴. An diesem Ergebnis änderte auch der großangelegte Versuch W. Jellineks nichts, der diese Funktionen in der »schlichten Hoheitsverwaltung«, im wesentlichen im Rahmen des liberal-rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts bleibend¹⁷⁵, auffangen wollte. —

Durch seine einseitige Betonung des staatlichen Polizeizwecks vermochte uns das auf ein Maximum bürgerlicher Freiheit vom Staat bedachte liberal-rechtsstaatliche System befriedigende Ergebnisse hinsichtlich der Zwangseingriffe des Staates in Freiheit und Eigentum der Bürger vermitteln, für eine Unzahl weiterer — und unter Umständen genau so wichtiger — Verwaltungshandlungen versagte es aber¹⁷⁶. Rückblickend fällt auf, daß die liberal-rechtsstaatliche Verwaltungsrechtslehre — in einem gewissen Sinne völlig unorganisch — aus allen Verwaltungsrechtsgebieten (Finanzrecht, Polizeirecht, Wehrrecht etc.) die hoheitlichen Zwangsbefehle *herausgelöst* hatte, um sie an den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes zu binden. Dieses betonte Abstellen auf den Zwangs- auf den Eingriffscharakter der Verwaltung ist typisch für dieses Verwaltungsrechtssystem, weshalb sie von der herrschenden Lehre mit dem Begriff »Eingriffsverwaltung« bedacht wurde¹⁷⁷. Diese ganzen Zusammenhänge hat wohl am

¹⁷¹ Von Ferdinand Lasalle dann spöttisch als »Nachtwächterstaat« bezeichnet.

¹⁷² Vgl. vor allem Robert von Mohl, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats, 3. Aufl. 1866, Bd. I, S. 19, 29; Lorenz von Stein, Die Verwaltungslehre, Erster Teil: Die vollziehende Gewalt (1869), S. 31.

¹⁷³ Becker, VVDStRL. 14, S. 106.

¹⁷⁴ Vgl. O. Mayer, Bd. II, S. 274, wo er ausführt, die Leistungen der Verwaltung (»Besondere Empfänge«) gehörten dem Wesen nach ins Privatrecht, nachdem diese Leistungen ursprünglich von dem Unternehmerteil einzelner ins Werk gesetzt worden seien.

¹⁷⁵ Forsthooff, Rechtsfragen, S. 1.

¹⁷⁶ Vgl. Scheuner, VVDStRL. 11, S. 56: »Schon früher hat jenes, in Deutschland zuerst von Otto Mayer entwickeltes Schema mit seiner Entstehung ganze Teile des Verwaltungsrechts, für die es nicht paßte . . . dem Blick des Verwaltungsrechts entrückt. Es wäre heute der Zeitpunkt gekommen, dies System, das etwa zwischen 1870 und 1890 geformt worden ist, einer Erneuerung zu unterziehen. Es wäre dabei ein Verwaltungsrecht der vorsorgenden Leistungen des Staates, der Berechtigungen im Bereich der austeilenden Verwaltung zu entwickeln. Es wäre zu ergänzen durch das Recht der wirtschaftlenkenden Einwirkungen des Staates und eine Durchdringung auch der Staatshandlungen in privatrechtlicher Form im Blick auf ihre öffentlich-rechtlichen Elemente.«

¹⁷⁷ Zum ganzen, vgl. unten, S. 85.

Ausführlich hierzu auch Rupp, DVBl. 1958, S. 114: »Im Zeitalter des bürgerlichen Liberalismus empfand man das Tätigwerden des Staates mehr oder weniger als zwar notwendigen, aber doch nach Möglichkeit zu beschränkenden Eingriff in die Sphäre des Bürgers oder der Gesellschaft. Der Staat stand als Hoheitsträger außerhalb der Gesellschaft, sein Wirksamwerden mußte sich damit

eindruckvollsten Scheuner in seinem Diskussionsbeitrag zu den VVDStRL Bd. 14, S. 182 f. dargestellt: »So war das deutsche Verwaltungsrecht des Ausgangs des 19. Jahrhunderts das Recht einer Eingriffsverwaltung, eines bewußt die Verwaltung zu bestimmten Zwecken einheitlich einsetzenden Regimes. Vergessen wir nicht, daß auch die Autoren, aus denen Otto Mayer sich die Gedanken und Begriffe des französischen Verwaltungsrechts entlieh, ein Laferrière und ein Aucoc, im zweiten Kaiserreich emporgestiegen waren, also auch eine politische Verwaltung im Blick hatten. Daß Otto Mayers Begriffsbildung Großes geleistet hat, sei nicht verkannt. Auf der anderen Seite ist kein Zweifel, daß sein Auftreten mit schweren Verzicht und Verlusten verbunden gewesen ist. Otto Mayer hat ganze Partien des Verwaltungsrechts, die nicht in das Schema der freiheitlichen Eingriffsverwaltung paßten, beiseitegelassen. Damals verlor man das Schulrecht, das Recht der sozialen Fürsorge und eine Anzahl anderer Materien aus dem Auge. Zu gleicher Zeit hat die Verwaltungsrechtslehre aufgehört, die Verwaltung als Sacherfüllung bestimmter Zwecke zu begreifen. Sie beschränkte sich auf die formalen Elemente.«

Die gegenwärtige Staatsauffassung baut, was die formellrechtlichen Sicherungen des Rechtsstaates betrifft, auf den Erkenntnissen des liberalen Rechtsstaates auf. Darüber hinaus geht sie aber in zweifacher Hinsicht — durch die Erfahrung der Unzulänglichkeit des liberalen Rechtsstaats belehrt — weiter. Einmal dadurch, daß sie die vom liberalen Rechtsstaat entwickelten formalen Rechtsstaatskriterien durch materielle (materiale) Sicherungen ergänzt¹⁷⁸. Weiter aber auch dadurch, daß sie nun nicht mehr den Staat auf ein Minimum ordnungsbewahrender Funktionen beschränkt und das Verhältnis Staat — Gesellschaft (Bürger) nur unter dem Gesichtspunkt des hoheitlichen Eingriffs in Freiheit und Eigentum betrachtet; die neue Auffassung hat aus den kapitalistischen Exzessen die Lehre gezogen, daß die Gesellschaft eben doch bedeutend weniger »daseinsstabilisierende Elemente« besaß, als die nur den staatlichen Zwang im Auge behaltende frühliberale Richtung ursprünglich annahm. Die durch die Erkenntnisse der modernen Medizin bedingte Vermehrung der Bevölkerung¹⁷⁹, die mit der ersten industriellen Revolution verbundene Bildung des Arbeiterproletariats und die Emanzipierung des vierten Standes haben zu einer gewaltigen Intensivierung des Wohlfahrts-, (Sozial)- zwecks geführt, der heute gleichberechtigt neben den Polizeizweck getreten ist, ja diesen schon zu überflügeln begriffen ist und in einem neuen Lichte erscheinen läßt¹⁸⁰. Diese Sozialfunktion hatten v. Mohl und v. Stein¹⁸¹, in

zwangsläufig im Bereich der Über-Unterordnung abspielen, er war in eine Stellung gedrängt, die sich darauf zu beschränken hatte, die Gesellschaft vor Störungen der guten Ordnung zu bewahren, indem er etwaige Störer kraft hoheitlicher Macht durch Gebote und Verbote in ihre Schranken zurückwies . . . Das Über-Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Staatsbürger kennzeichnet das öffentlich-rechtliche Tätigkeitsfeld des Staates schlechthin.«

¹⁷⁸ Bachof, VVDStRL. 12, S. 39: »Dem Rechtsstaat des GG. eignen daher nicht nur formale, sondern auch und sogar primär materielle Elemente: Rechtsstaat ist der auf Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit zielende Staat, und seine formalen Elemente dienen nur zur Gewährleistung dieses materialen Gehalts.«

¹⁷⁹ Eindrucksvoll hierüber Ortega y Gasset, Der Aufstand der Massen (La rebelion de las masas).

¹⁸⁰ Typisch ist hierfür der Versuch Beckers, VVDStRL. Bd. 14, das Polizeirecht als einen Teil der Leistungsverwaltung zu begreifen und der Vorschlag Rupps, DVBl. 1958, S. 113 ff., die Anfechtungsklage durch — dem Zivilrecht nachgebildete — Beseitigungsklagen zu ersetzen.

¹⁸¹ Für Stein bestand die soziale Aufgabe des Staates darin, die Entstehung von Rechtsklassen und

bemerkenswerter Klarheit auch schon Bismarck erkannt, wie die Ausführungen des letzteren aus dem Jahre 1881 zeigen¹⁸²: »Neben den defensiven, auf den Schutz bestehender Rechte abzielenden (Aufgaben) liegt nach moderner Staatsidee dem Staate auch die Aufgabe ob, durch zweckmäßige Einrichtungen und durch Verwendung der zu seiner Verfügung stehenden Mittel der Gesamtheit das Wohlergehen aller seiner Mitglieder, und namentlich der schwachen und hilfsbedürftigen, positiv zu fördern.« Neben diesen im wesentlichen auf den einzelnen Staatsbürger bezogenen, also individuellen Sozial- oder Leistungsmaßnahmen brachte dann schon die Verknappung der Güter im ersten Weltkrieg, die »Not der Nation«¹⁸³ die Erforderlichkeit genereller, also auf das Volksganze bezogener Sozialmaßnahmen¹⁸⁴ mit sich, wobei sie in Ablehnung klassischer liberaler Wirtschaftstheorien auch vor der Anwendung massiver dirigistischer Mittel nicht zurückscheute. So stand schon am Ende des ersten Weltkriegs ein Staat vor uns, in dem de facto neben den Eingriff in die Freiheits-sphäre die positive Leistung an den Bürger erfolgte und in dem der Staat — nun keineswegs mehr außerhalb der Gesellschaft stehend, sondern in engster Verflechtung mit dieser Gesellschaft agierend — wesentlich die allgemeine Daseinsstabilisierung dieser Gesellschaft übernommen hatte¹⁸⁵.

Die Verwaltungsrechtslehre und das Verfassungsrecht trugen diesen Umständen nur sehr zögernd Rechnung¹⁸⁶. Hatte bereits E Kaufmann — wohl in Anlehnung an den *service public* des französischen Rechts — die »Leistungsfunktion« der Verwaltung stark herausgestellt, so ist der Umbruch im verwaltungsrechtlichen Denken erst durch die Schrift Forsthoffs, »Die Verwaltung als Leistungsträger« (1938) eingeleitet worden. Neben dem Eingriffscharakter wurde immer mehr der gebende Charakter der Verwaltung erkannt, der Staat wurde als Geber und Verteiler umfassender Leistungen, als Leistungsträger erkannt, was Forsthoff dazu veranlaßte, diese zur Befriedigung des »Appropriationsbedürfnisses« erfolgenden Leistungen als Daseinsvorsorge zu bezeichnen und folgendermaßen zu definieren: »Alles was von Seiten des Staates geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personengruppen in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen, ist Daseinsvorsorge«¹⁸⁷.

Verfassungsrechtlich schließlich erfuhr diese Sozialfunktion des modernen Staates ihre Verbürgerung im GG vornehmlich in den Art. 20 und 28/I,1 und war als solche seither Gegenstand eingehender Untersuchungen¹⁸⁸. Dabei war für die Durchleuch-

daher von Ungleichheit zu verhindern; vgl. noch Forsthoff, VVDStRL. 12, S. 13 und ders. Rechtsprobleme, S. 47 ff.

¹⁸² Zitiert nach Becker, VVDStRL. 14, S. 106.

¹⁸³ Vgl. Krause, Festschrift für Hueck, S. 413: »Die Improvisation der Kriegswirtschaft stellte den Staat wider seinen Willen vor Lenkungsarbeiten völlig unerwarteten Ausmaßes.«

¹⁸⁴ Vgl. z. B. Währungsstabilisierung.

¹⁸⁵ Beispiele bei Krause a. a. O.

¹⁸⁶ Dazu Rupp, DVBl. a. a. O.: »Dieser Zustand ist meines Erachtens nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß die Verwaltungsrechtswissenschaft in vielen Bereichen noch in den Gedankengängen einer vergangenen Epoche verhaftet ist, die sich mit diesem Phänomen der leistenden, vorsorgenden oder fürsorgenden Staatstätigkeit, der Verwaltung der Daseinsvorsorge — um mit Forsthoff zu reden — nicht zu befassen brauchte.«

¹⁸⁷ Lehrbuch, S. 322.

¹⁸⁸ Vgl. vor allem VVDStRL. Bd. 12, Krüger, DVBl. 1955, S. 381 ff.; Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner GG.; Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat.

tung dieses neuen Verfassungsguts vor allem die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1954 (Referate von Forsthoff und Bachof) bestimmend. Einhellig ergab sich, daß die Hinzufügung des Wörtchens »sozial« zu dem Begriff »Rechtsstaat« als ein »Korrektiv der liberalrechtsstaatlichen Gerechtigkeit« zu werten sei¹⁸⁹.

Unklarheiten ergeben sich demgegenüber hinsichtlich der Frage, inwieweit die Sozialstaatsklärung des GG rechtsverbindliche Ermächtigung und rechtsverbindlicher Auftrag zur Gestaltung der Sozialordnung sei.

Forsthoff bezeichnete das Bekenntnis des GG zum Sozialstaat als »eine an das Ermessen gerichtete und für die Gesetzesauslegung verbindliche Staatszielbestimmung«, nicht aber als Rechtsbegriff (aaO, S. 36). Demgegenüber wurde in der Diskussion dem Sozialstaatsprinzip ein »normativer Grundsatzcharakter« beigemessen, etwa im Sinne eines unbestimmten Rechtsbegriffes (vgl. Nipperdey, S. 97, Merk, S. 101, Ipsen, S. 119). Tatsächlich muß in der Sozialstaatsklärung des GG eine rechtsverbindliche Verfassungserklärung gesehen werden, die für die Auslegung wichtiger Grundrechte bestimmend ist (vgl. z.B. Art 1/I, 2/I, 2/II, 3, 6, 9/III, 12, 14, 15)¹⁹⁰ und für den Gesetzgeber beim Erlaß von Gesetzen eine bindende Richtlinie aufstellt. Für die Verwaltung ist sie anerkanntermaßen Auslegungs- und Ermessensgrundsatz; noch weitgehend ungeklärt ist indessen die Frage, ob das Sozialstaatsprinzip für die Verwaltung beim Fehlen einer spezialgesetzlichen Ermächtigung auch zugleich eine positivrechtliche Grundlage zum Tätigwerden ist. Darauf wird bei der Behandlung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung noch zurückzukommen sein¹⁹¹.

b) Eingriffs- und Leistungsverwaltung, Daseinsvorsorge nach der h. L und der Ansicht Beckers.

Unter Zugrundelegung dieses modernen Sozialstaatsbegriffs und in spezieller Gegenüberstellung zu der Staatsauffassung des liberalen Rechtsstaats verwendet die moderne Verwaltungsrechtslehre zur Aufgliederung der Verwaltungshandlungen vor allem drei, sich vielfach überschneidende Begriffe: Die Eingriffsverwaltung, die Leistungsverwaltung und die Daseinsvorsorge. Obwohl dabei über die Verwendung der Begriffe im einzelnen noch erhebliche Unklarheiten bestehen, lassen sich doch schon zwei verschiedene Meinungen unterscheiden. Becker kommt, von einer modernen Staatsauffassung ausgehend, zu dem Ergebnis, daß »alle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, die der Allgemeinheit oder bestimmten Einzelnen zu dienen bestimmt sind¹⁹²,

¹⁸⁹ In diesem Sinne schon Hermann Heller, Rechtsstaat oder Diktatur, S. 11; gegen diese adjektivische Ausschmückung des Rechtsbegriffes Triepel, VVDStRL. 7, S. 197; auch Ripert, Le déclin du droit, S. 23: »... les anciens libéraux et les jeunes socialistes introduisent dans la Constitution le programme de leur parti«, und S. 7: »Sans doute, on continue à affirmer qu'il faut réaliser la justice, mais on dit aujourd'hui la justice sociale. Méfions-nous de tout qualificatif donné à la justice.« Vgl. hierzu ferner Huber in Festschrift für Giacometti (1953), S. 59 ff.

¹⁹⁰ Vgl. Bachof, a. a. O., S. 80, Ipsen und Ridder, VVDStRL. 10.

¹⁹¹ Für den Bereich der Leistungsverwaltung unentschieden, aber eher bejahend Bachof, a. a. O., S. 63: »Gewissermaßen aushilfsweise vermögen hier aber das Rechts- und Sozialstaatsprinzip auch unmittelbar Einiges zu leisten.« Vgl. weiter Wolff, Gedenkschrift für Jellinek, S. 33 ff. (Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundsatzentscheidungen als Rechtsquellen).

Leistungen« seien und daher den Bereich der »Leistungsverwaltung« bildeten. Diese Leistungsaufgaben unterteilt Becker in vier Gruppen, die Daseinsvorsorge, die öffentliche Fürsorge, die Überwindung allgemeiner Notlagen und die Einzelförderung. Diese vier Teilbereiche untergliedern sich wieder in verschiedene Einzelgebiete; dabei weist Becker ausdrücklich darauf hin, daß die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ein Teil der Daseinsvorsorge sei, da sie »eine Leistung ersten Ranges« darstelle¹⁹³. Neben diese Leistungsaufgaben stellt Becker die sich in »Komplementär- und Hilfsfunktionen« erschöpfende Eingriffsverwaltung. Becker verwendete also den Begriff der Eingriffsverwaltung für die mittelbare öffentliche Verwaltung, in dem das Gemeinwesen eine Leistungs- oder Sachbeschaffung im Wege zwangsweise durchsetzbarer Anordnungen durchführen kann (Enteignung etc.) Demgegenüber stellt die herrschende Lehre nicht so sehr auf die im Interesse der Öffentlichkeit wahrgenommene Tätigkeit der Verwaltung ab, sondern auf den gebenden oder nehmenden, auf den gewährenden oder eingreifenden Äußerungscharakter, den diese Handlung beinhaltet. Forsthoff führt in seiner grundlegenden Schrift von 1938 aus (S. 7): »Die Darbringung von Leistungen, auf welche der in die modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist... Sie geht weit über das hinaus, was die sogenannten Versorgungsbetriebe leisten. Hierin ist nicht nur die Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität begriffen, sondern auch die Bereitstellung der Verkehrsmittel jeder Art, die Post, Telephonie und Telegraphie, die hygienische Sicherung, die Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit, Arbeitslosigkeit und vieles andere mehr;« und Rechtsprobleme, S. 11: »Der Begriff der Daseinsversorgung ist nicht formal bestimmbar, sondern ausschließlich sachgezogen.« Demgegenüber behält Forthoff den Begriff der Eingriffsverwaltung dem hoheitlichen Handeln unter überlegener Zwangsgewalt vor, dessen Hauptbereich die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei¹⁹⁴. Bachof sieht in der Eingriffsverwaltung die letztlich eine verfassungsrechtliche Legimitation erfordernde Beschränkung der Freiheit¹⁹⁵, in der Leistungsverwaltung die »Wohltaten gewährende Verwaltung«, die aber nicht nur auf die daseinsvorsorgende Tätigkeit beschränkt sei, sondern »auch das weite Gebiet der Subventionierungen und Vergünstigungen mannigfacher Art« umfasse¹⁹⁶.

In seinem Diskussionsbeitrag in VVDStRL 14, S. 175 hat Bachof die Leistungsverwaltung als speziell »daseinsvorsorgende und sozialordnungsgestaltende Tätigkeit der Verwaltung« bezeichnet, die Eingriffsverwaltung als die ordnungsbewahrende Tätigkeit, deren klassisches Beispiel »eben die Polizei« sei. Wie Bachof und Forsthoff haben sich im wesentlichen auch Loschelder-Klüber ausgesprochen¹⁹⁷.

¹⁹² VVDStRL. 14, S. 109.

¹⁹³ Becker, VVDStRL. 14, S. 110, Anm. 69: »Öffentliche Sicherheit und Ordnung sind am Gemeinwohl, nicht am ‚Störer‘ orientiert.«

¹⁹⁴ Lehrbuch, S. 322, Anm. 1; Rechtsprobleme, S. 13 f. Weiter ders. VVDStRL. 12, S. 13.

¹⁹⁵ VVDStRL. 12, S. 51.

¹⁹⁶ VVDStRL. 12, S. 55.

¹⁹⁷ DVBl. 1957, S. 819 ff.

c) Ergebnis und eigene Stellungnahme.

Wie häufig bei der Bildung neuer Begriffe, so besteht auch bei der Lehre von der Eingriffsverwaltung usw. die große Gefahr, daß das Problem schon von einer unterschiedlichen Ausgangsposition angegangen wird und daher notgedrungen Mißverständnisse entstehen. Anlaß zu einem solchen Mißverständnis hat im vorliegenden Fall die unterschiedliche Auffassung von der Aufgabe des Staates zwischen Becker einerseits, Bachof, Forsthoff u. a. andererseits, gegeben.

Es war Sinn der vorstehenden Ausführungen, nachzuweisen, wie die liberale Rechtsstaatslehre in ihrem Bemühen um formell-rechtsstaatliche Sicherungen *aus allen Verwaltungsrechtsgebieten* die hoheitlichen Eingriffe *herauslöste* und einer besonderen Ordnung unterstellte¹⁹⁸. Es ist nun bezeichnend für das Beharrungsvermögen verwaltungsrechtlicher Denkformen, wie die h. L. bei den Gebieten, für die der hoheitliche Zwangseingriff in Freiheit und Eigentum das Typische, das Kennzeichnende ist, im wesentlichen doch noch in jenen liberal-rechtsstaatlichen Bahnen denkt. Die h. L. legt sich dabei zwar nicht auf Einzelheiten fest, insbesondere dehnt sie den Begriff der Eingriffsverwaltung nicht mit der früher üblichen Selbstverständlichkeit auf die Finanzverwaltung aus (wie weit die Eingriffsverwaltung nun wirklich auszudehnen ist, hat die h. L. noch nicht beantwortet), im Endergebnis interessiert die h. L. jedoch nur der hoheitliche belastende Eingriff in Rechte des Staatsbürgers und bei diesen — auch und gerade hier rechtsstaatlich liberaler Tradition folgend — das Vorhandensein einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage¹⁹⁹.

Demgegenüber stand die h. L. den *modernen* Verwaltungsfunktionen unvorbelastet und aus einer viel breiteren Ausgangsposition heraus gegenüber. Hätte W. Jellinek nicht den Versuch gemacht, die Sozialfunktionen der Verwaltung in sein obrigkeitliches System einzuordnen, dann gäbe es heute z. B. sicher schon eine »daseinsvorsorgerische« Leistungsklage²⁰⁰, die sich am Anspruch, nicht am VA orientieren würde. Dabei fällt bei allem entscheidend mit ins Gewicht, daß die h. L. bei den klassischen Verwaltungsfunktionen den Staat noch — etwa im Sinne Hegels — als seinen eigenen Zwecken dienend ansieht²⁰¹, während man den daseinsvorsorgenden Staat bereitwilliger als eine »Organisationsform innerhalb des Ganzen der modernen Gesellschaft« anerkennt. Dieser Dualismus konnte Forsthoff schließlich zu der — in dieser

¹⁹⁸ Es entsprach diesem System, wenn O. Mayer in seinem Lehrbuch im Anschluß an das Polizeirecht das Finanzrecht abhandelte. Bezeichnend auch Thoma, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, 1910, S. 197: »Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aber, in Handhabung der Militär-, Finanz-, Polizei-, Enteignungsgewalt, der Aufsichtsgewalt über Gemeinden . . . — damit ist nicht das Ganze, aber das Fundament des Vorstellungskomplexes genannt, den uns Heutigen das Wort Rechtsstaat auslöst.« Für den formalen Rechtsstaatsbegriff jetzt noch: Bühler, *VVDStRL* 12, S. 98.

¹⁹⁹ Es ist einleuchtend, daß bei einer solchen Betrachtungsweise die systematische Einordnung der »Polizei als Freund und Helfer« (z. B. freiwilliger Verkehrsunterricht) Kopfzerbrechen bereiten muß; dies »paßt einfach nicht in das System«; vgl. Loschelder, *DVBj* 1957, S. 819 ff.

²⁰⁰ Vgl. hierzu Menger, *System*, S. 193, 194, ders. *DOV* 1955, S. 591, Anm. 34 und Becker, *VVDSt.-RL* 14, S. 114.

²⁰¹ Forsthoff, *Rechtsprobleme* S. 13 spricht mit Recht von »überkommener Staatsideologie«.

Resignation m. E. s. auch wieder nicht gerechtfertigten — Feststellung führen: »Die Aufgabe, die Eingriffsverwaltung und die Leistungsverwaltung in einem einheitlichen System zusammenzufassen, ist ungelöst — und das vielleicht deshalb, weil sie in der Tat unlösbar ist. Vielleicht ist es wirklich so, daß das moderne Verwaltungsrecht nicht infolge eines wissenschaftlichen Unvermögens, sondern kraft Logik der Dinge dualistisch ist und bleiben muß«²⁰².

Becker löst sich demgegenüber völlig, d. h. auch für Materien, bei denen hoheitliche Eingriffe vorherrschend sind, von den Gedankengängen aus der Zeit des liberalen Rechtsstaats. Er stellt, ohne daß dies in seinem Referat vielleicht deutlich zum Ausdruck kommt, »die öffentliche Aufgabe« in den Mittelpunkt seines Verwaltungssystems. Unter Berufung auf E. Kaufmann und in enger Anlehnung an die organische Betrachtungsweise des französischen Rechts (*service public*), hält er primär an der Verwaltungsmaterie, an der Gesamtheit der im Rahmen der Gemeinwohlverwirklichung erfolgenden Tätigkeit fest. Der hoheitliche Eingriff in Freiheit und Eigentum wird von Becker in einer m. E. s. sehr interessanten Perspektive entdeckt, nämlich als besonders häufige und intensive Befugnis im Rahmen öffentlicher Aufgabenverwirklichung. Aber auf weitere Sicht liegt der Auffassung Beckers auch eine für Deutschland ganz neue Staatsauffassung zugrunde. Dies hat nun neuerdings Forsthoff²⁰³ klar herausgestellt. Nach dem Hinweis, dem herkömmlichen Konzept entspreche ein Staat, der primär seinen eigenen Zwecken diene, führt er aus: »Daß der Staat damit zugleich dem Interesse seiner Bürger dient, ist zwar richtig, liegt aber außerhalb des gedanklichen Konzepts. Es ist interessant zu sehen, daß sich dieses Konzept im Abbau befindet. Der Staat als objektive Wirklichkeit im Sinne Hegels gehört offenbar in gewissem Sinne der Vergangenheit an. In dem Maße, in dem die überkommene Staatsideologie abgetragen wird, wird der Staat zu einer Organisationsform, die innerhalb der Grenzen des Ganzen der modernen Gesellschaft ihren Stellenwert hat und eine spezifische Leistung zu erbringen hat«.

Diese Analyse der h. L. und der Ansicht Beckers führt uns zu folgendem Ergebnis: Entgegen aller — soweit ersichtlich — bisher geäußerten Ansichten bilden die Begriffe Eingriffs- und Leistungsverwaltung *gar keine Komplementärbegriffe*. Trotzdem der »gebende« Charakter der Leistungsverwaltung immer betont wird, orientiert sich dieser Begriff in erster Linie nicht am begünstigenden VA. sondern an Gebieten, an Materien, denn eine Ablehnung eines Subventionsdarlehens ereignet sich sicher ebensooft wie eine Gewährung (vgl. auch das Gebiet der Wirtschaftsintervention). Der Begriff der Leistungsverwaltung ist daher im Ergebnis ein materieller, ein funktioneller. Dagegen orientiert sich der Begriff der Eingriffsverwaltung nicht an einer Materie, sondern an der Intensität einer Verwaltungsbefugnis; wenn man trotzdem prima vista versucht ist, das »Gebiet« des Polizeirechts der Eingriffsverwaltung zu unterstellen, also bei der Eingriffsverwaltung nach »Gebieten« zu differenzieren,

²⁰² Forsthoff, VVDStRL. 12, S. 14.

²⁰³ Forsthoff, Rechtsfragen, S. 13.

dann ergeben sich solche für eingriffsverwaltungsrechtliches Denken so widerspruchsvolle Begriffe wie »Wirtschaftspolizei²⁰⁴«.

Die Begriffe Eingriffs- und Leistungsverwaltung können also entgegen allen bisher vertretenen Ansichten nicht miteinander in Relation gesetzt werden; sie korrespondieren einander garnicht; denn die Leistungsverwaltung orientiert sich an einer Aufgabe, die Eingriffsverwaltung an der Befugnis zur Ausübung einer Aufgabe²⁰⁵.

Das Problem kann m. E. nur gelöst werden, wenn die öffentliche Aufgabe der Verwaltung primär einmal in den Vordergrund gestellt wird. Da die deutsche Verwaltungsrechtslehre diese Methodik bisher noch nicht hinreichend beschritten hat, handelt es sich dabei notwendigerweise um die Erstellung eines neuen Systems. Dabei sollen aber terminologisch — dies entgegen Becker — nur Begriffe verwendet werden, die bis jetzt nicht schon in einem anderen Sinne üblich waren. Dabei empfiehlt es sich dann allerdings auch, das Ordnungsrecht, der modernen Staatsauffassung folgend, als »Leistung²⁰⁶« aufzufassen. Dies hindert natürlich dann keineswegs, die für die Eingriffe in Freiheit und Eigentum bestehenden Schutzregeln voll zur Anwendung zu bringen; aber dort handelt es sich dann eben um Grundsätze, die für die Ausübung verwaltungsrechtlicher Befugnisse gelten, während hier eine Systematisierung der Aufgaben in Frage steht.

Unter Beachtung des Gebotes terminologischer Verständlichkeit und Klarheit sollen daher die »Leistungsaufgaben« Beckers, d. i. die Leistungsverwaltung und ein Teil der Eingriffsverwaltung der h. L. mit dem schon oben entwickelten Begriffe der un-

²⁰⁴ Zu dieser »Wirtschaftspolizei« hat kürzlich Krause in der Festschrift für Hueck (S. 419, S. 436) sehr aufschlußreiche Ausführungen gebracht; daraus geht klar hervor, wie es dem am Ordnungsbewahrraat orientierten eingriffsverwaltungsrechtlichen Denken schon immer widerstrebt, Wirtschaftsinterventionsmaßnahmen unter den hergebrachten Polizeibegriff zu bringen: »Denn der Polizeibegriff war in langer Arbeit der Wissenschaft und der Rechtsprechung durchgeformt, in seinen Grenzen festgelegt und auf das negative Moment der Abwehr, damit der Erhaltung des bestehenden Zustandes zugeschnitten. Es wäre im weiteren Verlauf doch wohl schwer gefallen, von da aus eine Wirtschaftslenkung aufzubauen, die mindestens den Versuch machen mußte, gestaltend auf die Zukunft einzuwirken« (a. a. O. S. 419); und S. 420: »Später erfaßte man bewußt, daß die Wirtschaftslenkung ihrem Wesen nach anders sei als Polizei.« Zu den »Lenkungsakten, die in Freiheit und Eigentum eingreifen«, vgl. Scheuner, VVDStRL. 11, S. 30. Gerade beim Wirtschaftsinterventionsrecht wird die Zwiespältigkeit sichtbar, mit der man heute das Verwaltungsrecht teils von Sachbereichen her, teils von der Form belastender Eingriffe her untersucht. Ganz auf diese materiellen Intentionen abstellend Scheuner a. a. O., S. 66 in einer Definition über die staatliche Intervention: »Als staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft ist eine Gestaltung der staatlichen Wirtschaftspolitik zu bezeichnen, die sich nicht mit einer polizeilich-überwachenden Funktion begnügt, sondern unter bestimmten politisch-sozialen Zielen der Förderung oder auch der Umgestaltung in Erzeugung und Verteilung wie auch in die rechtlichen und sozialen Grundlagen der Wirtschaft eingreift, ohne eine Aufhebung . . . der freien wirtschaftlichen Bewegung . . . anzustreben.«

²⁰⁵ Zugespißt könnte man also sagen: Bei der Leistungsverwaltung wird primär auf die Sozialordnungsgestaltung, also auf eine Materie abgestellt, ein genaueres Hinsehen ergibt dann, daß auf diesem Gebiet Handlungen mit gebendem Charakter vorherrschen. Bei der »Eingriffsverwaltung« wird primär auf den (belastenden) Charakter einer Handlung abgestellt, die Feststellung, daß es sich hier vor allem um das Ordnungsrecht usw. handle, erfolgt dann sekundär. Streng genommen könnte man die Eingriffsverwaltung als den Teil der Verwaltung bezeichnen, in dem die Verwaltung Eingriffe in Freiheit und Eigentum verwirklicht, als Leistungsverwaltung nach der herkömmlichen Terminologie den Bereich der sozialordnungsgestaltenden Verwaltung (von der ein Teil auch durch Eingriffe in Freiheit und Eigentum verwirklicht wird).

²⁰⁶ So »gewaltsam konstruiert«, wie Bachof, VVDStRL. 14, 174 meint, ist eine solche Auffassung gar nicht, die Franzosen operieren schon über 100 Jahre mit einem Äquivalent (services publics administratifs).

mittelbaren öffentlichen Verwaltung²⁰⁷ umschrieben werden. Der Begriff »Eingriffsverwaltung« sollte zur Vermeidung von Verwirrung aus dem aktuellen Verwaltungsrecht eliminiert werden, statt dessen sollten seine Erkenntnisse über belastende V.A.e in der Lehre von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung weitergeführt werden. Die »Eingriffsverwaltung« Beckers sollte — der Sache nach ebenfalls mit der Konzeption Beckers übereinstimmend — mit dem Begriff der mittelbaren öffentlichen Verwaltung erfaßt werden und zwar mit *dem* Teilbereich der mittelbaren öffentlichen Verwaltung, auf dem die Verwaltung ihre Sach- und Leistungsbeschaffung im Wege zwangsweiser Durchsetzung wahrnehmen kann. Bei der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung empfiehlt es sich dann wieder, mit Becker in gewisse Teilbereiche zu untergliedern²⁰⁸. Ein erster Bereich wäre dabei die Daseinsvorsorge, also die Gesamtheit der Leistungen, die für die Allgemeinheit erbracht werden. Dabei ist es allerdings sowohl aus terminologischen als auch aus praktischen Erwägungen angebracht, das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht mit Becker unter die Daseinsvorsorge zu bringen, sondern in einer eigenen Unterabteilung der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung zu erfassen. Als dritter Teilbereich kämen dann die individuellen Unterstützungsmaßnahmen (Fürsorge, Einzelförderung) und eine eigene, vierte Gruppe würden schließlich die Verwaltungsmaßnahmen bei Katastrophenfällen bilden (Überwindung akuter Notlagen)²⁰⁹.

Nach all dem soll also hinsichtlich des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und hinsichtlich anderer verwaltungsrechtlicher Grundbegriffe das folgende System vorgeschlagen werden:

I — Unmittelbare öffentliche Verwaltung

1. Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
2. Daseinsvorsorge (die allgemeinen Leistungen auf sozialem, kulturellem und wirtschaftlichem Gebiet)
3. Individuelle Förderungsmaßnahmen (Fürsorge, Einzelförderung)
4. Katastrophenfälle

II — Mittelbare öffentliche Verwaltung

1. Leistungs- und Sachbeschaffung in den Bahnen des öffentlichen Rechts
2. Leistungs- und Sachbeschaffung in den Bahnen des privaten Rechts.

²⁰⁷ Vgl. Becker, a. a. O., S. 98, S. 108, Forsthoff, S. 324.

²⁰⁸ Eine ähnliche »funktionelle« Betrachtungsweise bringt Wolff, S. 16 mit seiner Einteilung in ordnende, leistende, verteilende Verwaltung und Bedarfsverwaltung.

²⁰⁹ Dabei steht nichts entgegen, die Gesamtheit der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung mit Ausnahme des öffentlichen Sicherheits- und Ordnungsrechts weiterhin als »Leistungsverwaltung« aufrechtzuerhalten — wenn man sich nur darüber klar ist, daß auch die Gewährung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine »Leistung ersten Ranges« darstellt.

Es fällt auf, daß sich dieses System bei der mittelbaren öffentlichen Verwaltung an die Rechtsform hält, insoweit also weitgehend überkommenen Ansichten folgt, während bei der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung ganz auf das Materielle, auf die tatsächliche Handlung abgestellt wird. Die Rechtsform ist hier dann Erfahrungstatsache (im Sicherheitsrecht z. B. VA. e), kein Kriterium für die Einteilung. Im einzelnen begegnet dieses System vielen Schwierigkeiten, wie letzten Endes jede systematische Zusammenfassung. Vor allem im Wirtschaftsinterventionsrecht²¹⁰ wird es seine Bewährung finden müssen. Trotzdem erscheint es jedoch praktikabel, da die Vorteile, von denen schon einige Erwähnung fanden (Grundrechtsgeltung) und noch weitere auszuführen sein werden (Subsidiaritätsprinzip, umfassende Anwendung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) die Nachteile überwiegen.

3.) Die Unterscheidung von Aufgaben und Befugnissen

Die vorstehende Erkenntnis, alle öffentliche Verwaltung sei Gemeinwohlverwirklichung, also Leistung in einem spezifischen Sinn, und das betonte Hervorheben des Tatsächlichen, des Materiellen in der Verwaltungshandlung ermöglichen es, eine Unterscheidung vorzunehmen, der vor allem bei der Durchdringung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung große Bedeutung zukommen dürfte. Es handelt sich um die Trennung von Aufgaben und Befugnissen. Bei der Aufgabe handelt es sich um eine Materie, um ein Lebensgebiet, deren sich die Verwaltung in Ausübung ihrer Gemeinwohlverwirklichung annimmt. Zur Ausführung dieser Aufgabe bedient sich die Verwaltung dann einer Reihe von Befugnissen, von Mitteln. Im Hinblick auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wird es sich empfehlen, zuerst zu fragen, ob der Verwaltungsträger zur Wahrnehmung der entsprechenden Aufgabe überhaupt befugt war (Zulässigkeit der Aufgabe.) Erst bei Bejahung dieser Frage erscheint es dann angebracht, weiter zu prüfen, ob gerade diese oder jene Befugnis zur Ausführung der Aufgabe Verwendung finden dürfte (Zulässigkeit der Befugnis). Berechtigung zur Aufgabenausübung und Berechtigung zur Befugniswahrnehmung sind also zwei Voraussetzungen, die m.E.s. noch nicht hinreichend getrennt worden sind, wohl aber gerade für das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung interessante Perspektiven in sich bergen²¹¹.

Diese Unterscheidung von Aufgaben und Befugnissen klingt an an einen in den dreißiger Jahren in Bayern mit viel Heftigkeit ausgetragenen Streit über die Zu-

²¹⁰ Aus der rasch anschwellenden Literatur zum Wirtschaftsinterventionsrecht vgl. Scheuner und Schüle, VVDStRL. 11, S. 1 ff., Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung (1953); ders. Wirtschaftsverfassungsrecht (1958), H. Huber, VVDStRL. 11, S. 122, Ipsen, AöR. 78, S. 284—334; P. Neumann, Wirtschaftslenkende Verwaltung (1959); Ballerstedt in »Die Grundrechte«, Bd. III, 1.

²¹¹ Beide Berechtigungen können im Gesetz so eingehend geregelt sein, daß sie sich weitgehend decken, oft wird aber die Berechtigung zur Aufgabenausübung bedeutend lockereren Regeln folgen als die Ausübung von — insbes. belastenden — Befugnissen. Allgemein stünden wir heute einer solchen Unterscheidung in Aufgaben und Befugnissen viel aufgeschlossener gegenüber, wenn im vorigen Jahrhundert die Weichen nicht gegen die Verwaltungslehre und für eine formell-rechtsstaatliche Verwaltungsrechtswissenschaft gestellt worden wären; vgl. Forsthoff, Rechtsfragen, S. 47 ff.

lässigkeit der polizeilichen Generalklausel in Bayern²¹², der erst kürzlich wieder in einer eingehenden Darstellung F. Mayers veranschaulicht wurde²¹³. Ganz zu identifizieren mit diesem Streit ist jedoch die hier gebrachte Trennung von Aufgaben und Befugnissen nicht. Einmal beschränkten sich die damaligen, im Grunde auf den § 10 II 17 ALR und die klassische preußische Polizeirechtspraxis zurückgehenden Untersuchungen auf den Bereich des Polizeirechts und weiter lief der ganze Rechtsstreit hauptsächlich unter der Fragestellung, ob der Schluß von der Aufgabe auf das Mittel (d. i. die Befugnis) zulässig sei, wobei »Mittel« als belastender hoheitlicher Eingriff verstanden wurde. Die vorstehende Darstellung holt demgegenüber in den beiden Punkten weiter aus, dadurch, daß einmal die gesamte öffentliche Verwaltung in die Untersuchung miteinbezogen wird und daß weiter auch die »Befugnis« als die Gesamtheit der für die Verwaltungsbehörden denkbaren Regelungsmöglichkeiten verstanden wird.

4.) Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im einzelnen

Die Frage der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wurde, dem klassischen Postulat des liberalen Rechtsstaats entsprechend, am hoheitlichen Eingriff in Freiheit und Eigentum orientiert. In der Gegenwart wurde diese Formel ausdrücklich oder doch stillschweigend dahin erweitert, daß jeder hoheitliche Eingriff des Staates in ein Recht des Staatsbürgers (belastender VA) einer ausdrücklichen, d. h. nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmten und begrenzten gesetzlichen Grundlage bedürfe.

Diese Formulierung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hat den wesentlichen Vorteil, daß sich mit ihr sozusagen automatisch jede in ein Recht eines Staatsbürgers ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage eingreifende Verwaltungsmaßnahme als rechtswidrig erfassen läßt. Von ihr hat daher, zusammen mit der teleologischen Interpretation des Art. 19/IV GG²¹⁴ und unter Berücksichtigung der Art. 80/I GG, 20/III (Gewaltenteilung) jede Untersuchung über das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auszugehen.

Gleichzeitig darf jedoch nicht die Gefahr verkannt werden, die einer Untersuchung über die Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandlungen bei zu steifem Festhalten an der obigen Formel droht. Eine solche Erstarrung, die zu einer Verengung der Per-

²¹² Für die polizeiliche Generalklausel in Bayern damals: Eichner, Die Rechtsgrundlagen der Präventivpolizei, insbesondere der Präventivpolizeihaft nach der bayerischen Rechtsentwicklung; Laforet, BayVBl. 1927, S. 447; von Jan, BayVBl. 1927, S. 209 ff.; dagegen Wintrich, BayVBl. 1928, S. 177 ff.; Masson, Der Grundsatz der Spezial-Delegation im bayerischen Polizeirecht (Münch. Diss., Annalen des Deutschen Reiches, 64. Jahrg. I. Halbband, S. 215 ff).

²¹³ F. Mayer, Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwaltungsrechts, dargestellt am bayerischen Polizeirecht (1958).

²¹⁴ 19/IV gewährt das Beschwerderecht bei Rechtsverletzungen; diese Rechtsverletzungen dürfen aber nicht ihrerseits durch zu weite Formulierungen der Gesetze umgangen werden; vgl. BVerfG. Bd. 8, S. 325.

spektiven und zu unbefriedigenden Ergebnissen führen würden, droht von verschiedenen Seiten. Einmal führt das Abstellen auf *den Verwaltungsakt* notwendigerweise zu — vom Standpunkt einer systematischen Erfassung der Verwaltungshandlungen — sehr unorganischen Ergebnissen. Der polizeiliche Befehl, eine einsturzgefährdete Mauer abzureißen, die Ablehnung eines Antrags auf Gewährung eines Subventionsdarlehens, die Nichtzulassung zu einer gemeindlichen Anstalt, — all dies sind wesensmäßig sehr verschiedene Handlungen und doch handelt es sich bei allen um belastende VA.e. Hier zeigt sich deutlich, daß die Verwaltungsrechtswissenschaft, der gesellschafts-politischen Forderung des liberalen Rechtsstaats genügend, in gewissem Sinne das Ergebnis an den Anfang ihrer Deduktion stellte; treffend die Formulierung E. Kaufmanns, Verw. Arch. Bd. 30, S.389, Otto Mayer stellte die Polizei dar »als jenes Minimum an Eingriffen in die private Freiheitsphäre, ohne die der Staat nicht leben« könne.

Dieses Resultat wird noch verschärft durch die vielfachen Überschneidungen und Wechselwirkungen zwischen klassischen Verwaltungsfunktionen und modernen, den Sozialauftrag verwirklichenden Funktionen. Diese Zunahme der Verwaltungsfunktionen hat vor allem auch für das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu erheblichen Veränderungen geführt²¹⁵. Schon heute läßt sich z. B. die Feststellung treffen, daß für die Versagung eines Subventionsdarlehens — die ja genauso einen belastenden VA darstellt wie die Gewährung des Darlehens ein begünstigender VA ist — im Hinblick auf die gesetzliche Ermächtigung (Inhalt, Zweck und Ausmaß) lange nicht den Anforderungen genügen muß, die für den Erlaß eines Polizeibefehls gefordert werden. Darüber hinaus führt gerade die Leistungsverwaltung immer mehr zu einer Aufweichung des Begriffes VA, der VA büßt seine Prägnanz als unverrückbar vorgefaßtes Institut ein, eine behördliche Maßnahme kann z. B. den Charakter eines (belastenden) VA erst dadurch erhalten, daß sie gegen den Gleichheitssatz, ect. verstößt²¹⁶. Wie weit diese Entwicklung führen wird, läßt sich noch nicht absehen, es ist aber durchaus möglich, daß gerade bei der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung mit Ausnahme des Sicherheits- und Ordnungsrechts (d.i. Leistungsverwaltung im herkömmlichen Sinn) der Begriff des subjektiv öffentlichen Rechtes den des VA.s ablöst²¹⁷.

Neben diesen Mängeln, die also das zu undifferenzierte Abstellen auf den belastenden VA mit sich bringt, führt das Festhalten gerade am VA auch zu einer Verengung der Problemstellung. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedeutet Gesetzmäßigkeit der

²¹⁵ Anschauliche Beispiele hierzu bei Loschelder-Klüber, DVBl. 1957, S. 819.

²¹⁶ Über die »potentielle« Außenwirkung einer behörden-internen Richtlinie über den Kauf von Gegenständen vgl. BVerwG. in NJW. 1958, S. 683 mit Anm. von Stern, und Menger, Verw.Arch. 48, S. 353 ff.; ferner BGH. in DVBl. 1958, S. 868 mit Anm. von Bettermann; ferner grundsätzlich Bachof, VA. und innerdienstliche Weisung, Festschrift für Laforet, S. 285, 307 ff.

²¹⁷ Rechtsanspruch auf Gewährung einer Leistung: Materiell subjektiv-öffentliches Recht, Rechtsanspruch auf Berücksichtigung bestimmter Verfahrenserfordernisse; Formell-subjektiv-öffentliches Recht; zum Ganzen vgl. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.

gesamten Verwaltungstätigkeit²¹⁸. Der oben entworfenen Trennung von Aufgaben und Befugnissen entsprechend bedeutet dies einmal primär die Zulässigkeit der Verwaltungsbehörden, sich einer Aufgabe überhaupt anzunehmen, sekundär dann die Zulässigkeit der Verwaltungsbehörden, diese Aufgabe gerade mit diesem oder jenem Mittel (Befugnis) wahrzunehmen. Dabei ist der VA zwar unbestritten die wichtigste und häufigste Befugnis (Regelungsform), keineswegs aber die einzige; auch der öffentlichrechtliche Vertrag, auch privatrechtliche Handlungsformen und auch »schlichte Verwaltungsäußerungen«²¹⁹ sind Befugnisse, mit denen die Verwaltungsbehörden ihre Aufgaben wahrnehmen, Befugnisse, die auch dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unterliegen.

Aus all diesen Ausführungen folgt, daß bei der Untersuchung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch heute erster rechtspolitischer Leitgedanke die herkömmliche Lehre von den gesetzmäßigen Anforderungen für belastende VA sein muß, daß es aber nicht angeht, diese Lehre undifferenziert auf alle VA.e anzuwenden, sondern daß es vielmehr erforderlich ist, die Verwaltungshandlungen in einige Kategorien unterzugliedern, die ihrerseits unterschiedlichen Regeln folgen²²⁰.

a) Die Zulässigkeit der Aufgabenwahrnehmung für die Verwaltungsbehörden.

Eine einheitliche Betrachtung über die Frage, unter welchen Voraussetzungen Verwaltungsbehörden sich der Durchführung öffentlicher Aufgaben annehmen dürfen, also »öffentliche Verwaltung« treiben dürfen, ist bis jetzt noch nicht erfolgt. Fest steht nur, daß sich eine solche Berechtigung seitens der Verwaltungsbehörden jedenfalls dann ergibt, wenn solche Aufgaben durch Gesetz ausdrücklich zugewiesen sind, wobei der Berechtigung in diesen Fällen regelmäßig eine Verpflichtung der Verwaltungsbehörden entsprechen wird; andererseits setzt sich immer mehr die Erkenntnis durch, daß die Verwaltungsbehörden sich nicht wahllos mit jedweder Tätigkeit befassen können, sondern daß auch die »nichtgesetzesakzessorische« Betätigung der Verwaltung bestimmten Schranken unterliegt. Diese Schranken enthalten Verfassungs- und Gesetzesprinzipien der verschiedensten Art und können hier nicht näher untersucht werden, da dieser Punkt des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung von ausgesprochen nebensächlicher Bedeutung für die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge ist. An dieser Stelle soll lediglich ein Gesichtspunkt nähere Erwähnung finden, der allerdings von besonderem Interesse ist; es handelt sich um die Aufgabenwahrnehmung der öffentlichen Verwaltung auf dem Wirtschaftssektor

²¹⁸ Die Tatsache, daß die gesamte Verwaltungstätigkeit Gesetz und Recht untersteht, ergibt sich schon aus Art. 20/III GG., 1/III GG. und kann hier nicht näher vertieft werden; vgl. im einzelnen Becker, VVDStRL. Bd. 14, S. 98: »Entgegen einer weitverbreiteten Vorstellung von der Ausklammerung gewisser Teile der Verwaltung aus dem Recht lautet meine These: Die gesamte öffentliche Verwaltung ist rechtsgebunden, einerlei, ob sie sich öffentlich-rechtlicher oder privat-rechtlicher, technischer oder finanzieller, wirtschaftlicher oder anderer Mittel bedient.« Ob gegenwärtig eine so »weitverbreitete« andere Ansicht besteht, muß allerdings entgegen Becker bezweifelt werden; vgl. hierzu Maunz-Dürig, Anm. 134 ff. zu Art. 1/III GG.

²¹⁹ Vgl. Stern, BVerwBl. 1957, S. 86 ff.

²²⁰ Vgl. die obige Einteilung in mittelbare und unmittelbare öffentliche Verwaltung.

(bekannt unter dem Streit um das »Subsidiaritätsprinzip«), ein Problem, das im Teil I der Studie für das französische Recht unter der Zulässigkeit von *services publics* erläutert wurde und das weiter ein besonders günstiges Beispiel für die Notwendigkeit einer »materiellen« Betrachtungsweise bietet. Als Ausgangspunkt hat die in unserem Rechtskreis heute übliche Verteilung von Aufgaben zwischen dem Staat und dem Einzelnen zu dienen²²¹. Finanz-, Polizei-, Militärhoheit, auswärtige Angelegenheiten usw. sind »natürliche und exklusive Funktionen« des Staates, deren Wahrnehmung dem Bürger verwehrt ist. Daneben gibt es Funktionen, die zwar primär der Staat wahrnimmt (z. B. Fürsorge), ohne daß dadurch jedoch Privaten der Zutritt zur Durchführung solcher Aufgaben verwehrt bliebe. Schließlich gibt es Tätigkeiten, die als Inhalt der allgemeinen Freiheitsrechte, insbes. des Rechts auf freie Berufsausübung den Gliedern der Gesellschaft vorbehalten sind (wirtschaftliche Tätigkeit). Die Wahrnehmung solcher Funktionen durch den Staat ist in zweierlei Hinsicht denkbar. Erstens auf dem Gebiete der mittelbaren öffentlichen Verwaltung zum Zwecke der Sach-, nämlich der Geldbeschaffung. Die Wahrnehmung von Aufgaben, »die auch von einem Privaten mit der Absicht auf Gewinnerzielung betrieben werden können«²²², um dadurch die Finanzen des Staates (Gemeinde) aufzufüllen, muß entschieden verneint werden²²³. Die Berufsausübung des Einzelnen darf nicht dadurch eingeschränkt oder gar ausgeschlossen werden²²⁴, daß der Staat versucht, seine Einnahmen durch Finanzmonopole oder sonstige erwerbswirtschaftliche Tätigkeit zu vermehren. Im einzelnen führt dies zu folgenden Schlußfolgerungen: Im Rahmen der von der Privatwirtschaft ausgeübten Tätigkeit ist es den Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete mittelbarer öffentlicher Verwaltung, also vor allem zum Zwecke der Geldbeschaffung, nicht gestattet, Wirtschaftsbetriebe zu errichten oder zu erweitern²²⁵. Soweit der Staat im Rahmen von — vom Grundgesetz als zulässig vorausgesetzten — Finanzmonopolen oder im Rahmen der »vom Grundgesetz vorgefundenen, gewissermaßen traditionellen erwerbswirtschaftlichen Betätigung«²²⁶ handelt, darf er diese Tätigkeit in diesem Ausmaß weiterführen. Das Grundrecht des Art. 2/I wirkt insoweit allenfalls als Anruf zum Abbau derartiger Staatsunternehmen (Reprivatisierung, z. B. Ausgabe von Volksaktien). In konsequenter Durchführung dieses Gedankens kann der Staat also auch neue Wirtschaftszweige (z. B. Kernenergie) an sich ziehen und wirtschaftlich nutzen — wenn dies auch im Hinblick auf Art. 2/IGG nicht besonders erstrebenswert erscheint²²⁷. Neben diesen Beschränkungen bleibt so

²²¹ Vgl. etwa Ballerstedt in BB. 1958, S. 125 ff. und in Grundrechte III, 1, S. 54 Anm. 142.

²²² Zu dieser, in den Dreißiger Jahren vielfach verwendeten Formulierung vgl. Surén-Loschelder, Anm. 2 a zu § 67 DGO. 1935.

²²³ Denkbar, wenn der Staat eine Wirtschaftstätigkeit in Form eines rechtlichen oder tatsächlichen Monopols ausübt; dies kann dann als »objektive Zulässigkeitsbeschränkung mit umgekehrten Vorzeichen« aufgefaßt werden.

²²⁴ Die Berufung auf die Grundrechte (z. B. Art. 12 GG.) ist der juristischen Person des öffentlichen Rechts verwehrt; vgl. statt aller: Maunz-Dürig, Anm. 29 zu Art. 19/III GG. Zu undifferenziert und die »tiefe Problematik subjektiver Grundrechte innerhalb des Staatsaufbaus überhaupt nicht sehend« (Maunz-Dürig a. a. O.) das Urteil des BVerwG. in DÖV. 1959, S. 61 f.

²²⁵ Eine Ausnahme wäre nur denkbar hinsichtlich der im Rahmen des Art. 15 GG. zulässigen Sozialisierung.

²²⁶ Maunz-Dürig, Anm. 52 zu Art. 2/I GG.

²²⁷ Ebenso Maunz-Dürig a. a. O.

die Möglichkeit wirtschaftlicher Betätigung für das Gemeinwesen nur im Rahmen der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung denkbar. Die Versorgung der Bevölkerung mit Wirtschaftsgütern durch den Staat wird heute als ein Teil der »Daseinsvorsorge« bezeichnet, ist als solche ein Teil der Leistungsverwaltung im herkömmlichen Sinn und soll bei jener inhaltlich noch näher untersucht werden. An dieser Stelle soll lediglich die Frage beantwortet werden, unter welchen Umständen das Gemeinwesen zur Wahrnehmung solcher Wirtschaftstätigkeit berechtigt ist. Zurückgehend auf das Werk Forsthoffs, »Die Verwaltung als Leistungsträger«, wurde lange die Ansicht vertreten, die Sorge des Gemeinwesens um existentielle Bedürfnisse des Bürgers sei, selbst wenn es sich um eine Materie der Privatwirtschaft handle, von Natur aus Sache des Staates, denn »dem Staat ist die Aufgabe und die Verantwortung zugefallen, alles das vorzukehren, was für die Daseinsermöglichung des modernen Menschen ohne Lebensraum erforderlich ist«²²⁸. Wenn ein Privater diese Aufgabe durchführe, so könne er das nur an Stelle des Staates in seinem Auftrag tun²²⁹.

Zu dieser Ansicht ist folgendes zu bemerken: Soweit die angeführte Auffassung ausführt, es sei Aufgabe des Staates, die Existenz und Sicherung des Staatsbürgers zu garantieren, muß sie — schon wegen des Sozialauftrages des GG — uneingeschränkte Zustimmung finden²³⁰. Dies darf aber nicht bedeuten, daß der Staat substituierend in Sozialabläufe eingreifen darf, die die Privatwirtschaft zufriedenstellend bewältigt. Der »liberté de commerce«²³¹ entspricht insoweit in Deutschland die Berufsfreiheit als Ausprägung des allgemeinen Freiheitsgrundsatzes. Vielmehr ergibt sich in dem Maße, in dem die Privatwirtschaft nicht oder nicht ausreichend in der Lage ist, die Bedürfnisse der Allgemeinheit zu befriedigen, eine subsidiäre Zuständigkeit für den Staat. Im Bereiche der Leistungen, die regelmäßig durch die Privatwirtschaft erbracht werden, steht also der Staat sozusagen »wartend im Hintergrund«, um sich dann im Interesse der Öffentlichkeit einer Leistung anzunehmen, wenn und insoweit diese Leistung von der Privatwirtschaft nicht sozialgemäß erbracht wird²³².

²²⁸ Forsthoff, a. a. O., weiter die Schrift »Die Daseinsvorsorge und die Kommunen«, S. 4.

²²⁹ Dieser Streit ist vor allem für das Energiewirtschaftsrecht aktuell geworden; vgl. z. B. List, Verwaltungsrecht technischer Betriebe, S. 91, der ausführt, die Energiewirtschaft sei, da sie existenznotwendiges Kulturgut vermittele, eigentlich Aufgabe der öffentlichen Verwaltung und der daraus den Schluß zieht: »Wenn die deutsche Energiewirtschaft öffentliche Kulturgüter ausschließlich vermittelt, deren Betreuung eben als öffentliche Kulturgüter eigentlich bzw. zumindest auch dem Staat zustünde, so übt sie — mit Wissen des Staates — öffentliche Verwaltung neben bzw. an Stelle des Staates.« Wie List, vgl. Friesenhahn ElW. 1957, S. 12 ff., Balser, Festschrift für List, S. 177 ff., Loening, ZAKDR. 1942, S. 289 ff., aa. Fischerhof, DOV. 1957, S. 305 ff. und Maunz, Gutachten.

²³⁰ Vgl. Bachof, VVDStRL. 12, S. 80: »Die Sozialstaaterklärung bedeutet Ermächtigung und Auftrag des Staates zur Gestaltung der Sozialordnung.«

²³¹ Vgl. etwa Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 68 und (Rundfunkrecht), NJW. 1957, S. 1422; E. R. Huber, DOV. 1956, S. 205; Dürig, JZ. 1953, S. 198; 1955, S. 523. Allgemein formuliert: Subsidiaritätsgedanke ist der Grundsatz des ersatzweisen Beistandes der höheren Einheit, wenn die Kräfte der unteren Einheit nicht ausreichen; vgl. Maunz, Staatsrecht, S. 62. Danach könnte man den Staat als den obersten Koordinator der industriell-technischen Gesellschaft bezeichnen.

²³² Als »Modellnorm« (so Maunz-Dürig, Anm. 47, zu Art. 19/III GG.) kann der Art. 75 der Bayer. GO. bezeichnet werden, nach dem die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur errichten kann, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Dabei ist die »verfassungskonforme« Interpretie-

b) Die Zulässigkeit der Befugnisausübung für die Verwaltungsbehörden

Ebenso wie schon hinsichtlich der Zulässigkeit zur Aufgabenausübung ist auch hinsichtlich der Wahl der Mittel, deren sich die Verwaltung zur Durchführung bedienen darf, eine einheitliche Darstellung noch nicht erfolgt. Die Abhandlungen haben sich vielmehr, wie schon oben angedeutet, weitgehend auf das intensivste Mittel, nämlich auf den belastenden VA beschränkt; schon hinsichtlich der Zulässigkeit des *hier* näher zu untersuchenden Mittels, des öffentlich-rechtlichen Vertrags, herrscht weitgehend Ungewißheit und für die Zulässigkeit der privatrechtlichen Formen ist die Lehre über ein schlichtes »Nein« bei der Verwaltung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und ein ebenso lapidares »Ja« bei der Leistungsverwaltung noch nicht hinausgekommen. Tatsächlich scheint auch eine Erfassung aller der Verwaltung in Ausführung ihrer Aufgaben zur Verfügung stehenden Mittel äusserst schwierig, wenn nicht sogar unmöglich. Das System der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen reicht vom einseitigen zwangsweise durchsetzbaren Befehl über vertragliche Formen des öffentlichen und privaten Rechts bis zu unverbindlichen Hinweisen. So kann das Gemeinwesen bewegliche und unbewegliche Sachen durch Vertrag erwerben, aber auch durch Beschlagnahme und Enteignung (Reichs- und Bundesleistungsgesetz, Enteignungsgesetze), Leistungen gewähren in hoheitlichen, aber auch in privatrechtlichen Benutzungsverhältnissen, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch Befehl, aber auch durch schlichte Hinweise wahren und das Sozialgeschehen durch eine Unzahl von direkten und indirekten Lenkungsmaßnahmen gestalten. Trotzdem darf diese Mannigfaltigkeit von Handlungsformen nicht zu einer einseitigen Untersuchung des belastenden VA.s führen, eine umfassende Betrachtung über das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verlangt vielmehr eine Berücksichtigung all dieser Handlungsformen.

1. Die unmittelbare öffentliche Verwaltung.

aa) Die Verwaltung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die Behandlung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung begegnet hier aus mehreren Gründen, die sich wechselseitig bedingen, weniger Schwierigkeiten als bei anderen Bereichen der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung. Einmal entspricht dieser Verwaltungsbereich genau der Sicht, in der der Staat im liberalen Rechtsstaat erschien. Es handelt sich also um eine Materie, die wissenschaftlich schon intensiv

rung zu bedauern, die dieser Artikel durch den Bayer. VerfGH., VGH. 10 II 113 ff. erfahren hat, wo der Bayer. VerfGH. die Versorgungsbetriebe aus diesem Artikel ausgeklammert hat; vgl. Helmreich-Widmann, Anm. 2 zu Art. 75 GO.: »Durch diese „verfassungskonforme Auslegung“ . . . werden zwar Art. 75/I und II mit der BV. in Übereinstimmung gebracht, gleichzeitig aber wurde die Bedeutung des Begriffs wirtschaftliche Unternehmen in Art. 75 Abs. 4 und Art. 76 bis 81 noch zweifelhafter, als sie schon bisher gewesen war.« Im ganzen auch ablehnend Dürig a. a. O.: »Man sollte sich davor hüten, aus den wirtschaftlichen Unternehmen i. S. der einschlägigen gemeinderechtlichen Vorschriften abstrakte Kategorien wie Versorgungsbetriebe und Verkehrsunternehmen auszuklammern . . . Die gesetzlich gestellte Frage, ob die Mittel der Privatwirtschaft ausreichen, läßt sich nicht nach abstrakten Unternehmungskategorien beantworten, sondern nur konkret (örtlich und wirtschaftlich differenzierend) entscheiden«; eingehend hierzu auch Dürig, Bayer. VerwBl. 1959, S. 203.

durchforscht wurde. Weiter ist es der Aufgabe der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wesenseigen, daß sie weitgehend zu einer Beschränkung der Freiheitsrechte und des Eigentums des Bürgers führt zum Zwecke einer gemeinverträglichen Ordnung. Die besondere Intensität dieser Eingriffe wurde schon früh erkannt und die Lehre vom liberalen Rechtsstaat hat dann ja, wie mehrfach ausgeführt, ihren Schwerpunkt gerade auf die rechtsstaatliche Sicherung solcher Eingriffe gelegt. So entstand die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes²³³, der Forderung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für hoheitliche Eingriffe in Freiheit und Eigentum, ein Rechtsgrundsatz, der über den Bereich des Sicherheitsrechts hinaus allgemeine Bedeutung erlangt hat und so entstand die Lehre vom Vorrang des Gesetzes²³⁴, die sich gegen eine Nichtkonformität von VA.en gegenüber höherrangigem Recht, also gegenüber Gesetzen aller Art, VO.en ect. wandte. Dieses rechtsstaatliche Postulat veranlaßte dann den Gesetzgeber seinerseits wieder zu eingehenden normativen Regelungen der entsprechenden Materien, was die wissenschaftliche Durchdringung des Stoffes ausgesprochen erleichtert. All diese Faktoren haben dazu geführt, daß auf dem Gebiete öffentlicher Sicherheit und Ordnung Schranken und Ausmaß der Freiheitsrechte und des Eigentums rechtsverbindlich durch Gesetze festgelegt worden sind, also durch einen Teil jener Normen, »die formell und materiell der Verfassung gemäß sind« (verfassungsmäßige Ordnung)²³⁵.

Die Gesetzmäßigkeitsanforderungen für die Befugnis hoheitlich verbindlicher individueller Regelungen (VA.e).

Im Vollzuge dieser normativen Ordnung setzt die Verwaltung teils Akte mit Rechtsverbindlichkeit, teils solche ohne Rechtsverbindlichkeit (Hinweise, etc.)²³⁶. Die rechtsverbindlichen Akte²³⁷ stellen regelmäßig eine Kundgebung²³⁸ des gesetzlichen Willens

²³³ Vgl. Otto Mayer II, S. 69 ff.; I, S. 74 ff. Fleiner, Institutionen, S. 131; Thoma, Festgabe für Otto Mayer (1916), S. 165 ff.; ders. HbdDStR. II, S. 221 ff. und die dort zitierte Stelle Montesquieus im 3. und 4. Kapitel des XI. Buches und Art. 5, 2. Satz der Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen vom 26. August 1789: »Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas«; ferner Thoma schon 1906, Der Polizeibefehl im Badischen Recht I, S. 98; weiter W. Jellinek, S. 98 ff., S. 122; Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte (1914), S. 71 ff.

Für die Gegenwart vgl. Ule in Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge (1957), S. 156 ff. und die in BVerfG. 8, S. 325 angeführte reichhaltige Rechtsprechung.

²³⁴ Vgl. die in vorstehender Anm. aufgeführten Nachweise.

²³⁵ BVerfG. 6, S. 43; zum Fragenkreis vgl. Maunz-Dürig, Anm. 17 ff. zu Art. 2/III GG. So ist z. B. als »Baupolizeirecht« die Gesamtheit der Normen zu verstehen, die aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung die Freiheit des Bauens einschränken.

²³⁶ Die Gesetzmäßigkeitsanforderungen für Akte ohne Rechtsverbindlichkeit soll hier nicht näher geprüft werden: i. d. R. werden sie sich mit den für die Aufgabenwahrnehmung bestehenden Zulässigkeitschranken decken. Ähnlich spricht Becker, Festschrift für Giese, S. 13 von »rechtlichen« und »außerrechtlichen« Mitteln zur Verwirklichung des Verwaltungszwecks.

²³⁷ Auch die VO.en stellen eine solche rechtsverbindliche (generelle) Regelung dar, sollen jedoch hier nicht näher erörtert werden.

²³⁸ In diesem Sinne auch Rupp, DVBl. 1958, S. 116: »Mit der ständigen Beschränkung des der Verwaltung zustehenden Gestaltungsspielraums durch ins einzelne gehende gesetzliche Beschränkungen mit der Tendenz den sozialen Beziehungsbereich zwischen Staatsbürger und Staat im Sinne eines Rechts- und Pflichtenverhältnisses auszugestalten, trat der die Rechtslage lediglich feststellende Verwaltungsakt immer mehr in den Vordergrund. Es soll hier nicht den Zweifeln nachgegangen werden, ob im Rahmen eines gesetzlich genau und besonders ins Einzelne festgelegten Rechts- und Pflichtenverhältnisses dem „Feststellungsbescheid“ wirklich noch die Bedeutung eines Verwaltungsaktes zukommt.«

dar, sei es, daß jemand die Unbedenklichkeit einer bestimmten Handlung vom Gesichtspunkt des öffentlichen Sicherheits- und Ordnungsrechts verbindlich bescheinigt wird, sei es, daß jemand verbindlich mitgeteilt wird, sein getätigtes oder geplantes Verhalten verstoße gegen die öffentlich-rechtlichen Sicherheits- und Ordnungsnormen²³⁹.

In Anlehnung an die Erkenntnisse aus der Zeit des liberalen Rechtsstaats ist es nun heute allgemeine Ansicht, daß Akte der Verwaltung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, wenn sie hoheitlich, also mit dem Anspruch einseitiger, d. h. aus sich heraus bestehender Verbindlichkeit eine Aussage über die Freiheit und die Eigentumsbefugnisse des Bürgers treffen, durch ein ermächtigendes Gesetz nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sein müssen, sodaß die Eingriffe meßbar und in gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden^{240, 241}.

Diese für das Sicherheitsrecht geltende Aussage hat eine allgemeine Geltung erlangt, sodaß heute gesagt werden kann, jeder individuell hoheitlich-verbindliche Akt, durch den die Rechtsphäre des Bürgers beschnitten werden soll, bedarf einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend umgrenzten Grundlage (vgl. auf dem Gebiet der mittelbaren öffentlichen Verwaltung z. B. die Steuerbescheide.)

Neben dieser Möglichkeit, Aufgaben zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch den Erlaß von VA.en zu regeln, erhebt sich die Frage, ob der Verwaltung noch weitere rechtsverbindliche Regelungsbefugnisse zur Verfügung stehen. Diese Frage soll im Zusammenhang mit dem entsprechenden Problem (Be-

²³⁹ Es wird aus dieser Darstellung ersichtlich, daß die Bezeichnung »begünstigende« und »belastende« VA.e in diesem Bereiche der streng gebundenen Verwaltung nicht besonders glücklich ist; die Begünstigung liegt in Wirklichkeit schon beim Gesetz — nämlich insoweit jemand normativ die Ausübung seiner Freiheitsrechte und seines Eigentums gestattet wird; mit der Belastung verhält es sich entsprechend. Diese Gedankengänge werden erhärtet durch das materielle subjektive öffentliche Recht auf Erlaubniserteilung (für Baurecht vgl. z. B. VGH. n. F. 4, S. 5 ff.), insbes. durch die Unmöglichkeit, einer erteilten Genehmigung einen Widerrufsvorbehalt beizufügen ect.

²⁴⁰ Bayer. VerfGH. 1, 81; BVerfG. 6, 32; 8, 276 (325); 9, 87; BVerwG. 4, 24; Ule in Speyerer Beiträge a. a. O., S. 156.

²⁴¹ Eine Generalklausel erscheint in diesem Rahmen dann zulässig, wenn sie aus einem Tatbestands- und einem Rechtsfolgeteil besteht, wenn im Tatbestandsteil vorhandene unbestimmte Rechtsbegriffe von einer gewissen »Greifbarkeit« sind und auch das Ermessen im Rechtsfolgeteil nach verschiedenen Richtungen hin ein gebundenes ist. Diese Voraussetzungen liegen bei der »polizeilichen« Generalklausel (vgl. etwa den früheren § 14 des PreußPolVerwGes.) vor, weshalb keine Bedenken bestehen, diese Generalklausel als zulässig zu erachten. Im übrigen ist der Streit, ob eine polizeiliche Generalklausel rechtsstaatsmäßig ist oder nicht, lange nicht so aktuell, wie er ausgetragen wird. Auch ein Land mit strikter Spezialdelegation, wie z. B. Bayern konnte sich nicht verschließen, im Art. 5/II Nr. 3 c PAC. (Gefahrenabwehr, soweit die »Unversehrtheit der Person, die Freiheit, das Eigentum, der Besitz« bedroht werden) eine zumindest beschränkte (partielle) Generalklausel einzuführen, was sich wegen der Typizität der Materie auch gar nicht umgehen läßt. Zu diesem Problem nahm kürzlich wieder eingehend F. Mayer, Bayerisches Polizeirecht und Sicherheitsrecht Stellung, S. 39 ff. Vgl. weiter Wacke, DOV. 1955, S. 388; Dürig, AöR. 79, S. 58 ff.; Maunz-Dürig, Anm. 80 ff. zu Art. 2/I GG.; jetzt auch BVerfG. in DOV. 1959, S. 302: »Das Prinzip des Rechtsstaates fordert nur, daß der Einzelne wissen muß, inwieweit die Verwaltung in seinen Rechtskreis eingreifen darf, fordert aber weder, daß der Gesetzgeber die Verwaltung bindet, den möglichen Eingriff immer zu vollziehen, noch, daß der Gesetzgeber tatbestandsmäßig genau umreißt, wann die Verwaltung von einem zulässigen, nach Tatbestand und Folge eindeutig geregelten Eingriff Abstand nehmen darf«. Für die polizeiliche Generalklausel weiter Bachof, VVDStRL. 12, S. 68, 104 und Werner, DVBl. 1957, S. 810.

rechti gung zur Formenauswechslung der Leistungsverwaltung unten, S. 104) geklärt werden.

bb) Die weiteren Bereiche der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung (Leistungsverwaltung im herkömmlichen Sinn).

Es kann nicht die Aufgabe dieser Darstellung sein, eine auch nur annähernd vollständige Behandlung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu erstreben; vielmehr kommt es nur darauf an, einige Hauptmerkmale herauszustellen, die zugleich auch geeignet sind, Aussagen über die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge zu geben.

Eine einheitliche Darstellung über das Prinzip der Gesetzmäßigkeit bei der Leistungsverwaltung steht noch aus und wäre auch sicher noch verfrüht. Dagegen sind auf Teilgebieten, insbes. bei der Wirtschaftsintervention und hier wieder insbes. im Subventionsrecht in letzter Zeit wichtige Darstellungen erschienen. Dabei zeigt sich schon, daß die Teilbereiche der Leistungsverwaltung untereinander zum Teil erheblich voneinander abweichenden Regeln folgen. So unterscheidet sich die Daseinsvorsorge von der Verwaltung zur Überwindung von Katastrophenfällen und selbst auf dem Gebiete der Daseinsvorsorge selbst folgen die generellen wirtschaftlichen Leistungen Regeln, die keineswegs einem ihrer Unterfälle (Subventionsrecht) entsprechen.

Am besten kann die gegenwärtige Rechtslehre zum Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Rahmen der leistungsgebenden Verwaltung im gegenwärtigen Entwicklungsstadium noch mit der Bezeichnung »kombinierte liberal-sozialrechtsstaatliche Betrachtungsweise« charakterisiert werden. Die Entwicklung folgte ursprünglich ganz eingriffsverwaltungsrechtlichem Denken und ordnete belastende V.A.e der Leistungsverwaltung diesem Denksystem ein; vor allem in der Theorie macht sich darüber hinaus nun in letzter Zeit aber schon eine die rein gebende Funktion der Verwaltung untersuchende Richtung bemerkbar. Dies soll gleich näher erläutert werden.

²¹² Für den Erlaß von VO.en besteht also auch hier das »Substantiierungsgebot« des Art. 80 GG. (vgl. Krause, Festschrift für Hueck, S. 418), an das aber, vor allem auf manchen Gebieten des Wirtschaftsinterventionsrechts nicht allzu engherzige Anforderungen zu stellen sind (vgl. hierzu den Streit zur Gültigkeit des Preisgesetzes, BVerwG. 1, S. 104; dagegen BVerwG. 4, S. 24 = DVBl. 1957, S. 177 mit zust. Anm. von Ule und abschließend nun BVerfG. 8, S. 325). Die Natur dieser Materie wird den Gesetzgeber dazu zwingen, einen neuen Stil mit unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessenstatbeständen zu prägen, worauf aber an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden kann. Für den Erlaß von belastenden V.A.en gilt das gleiche Substantiierungsgebot, das schon vom Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung her bekannt ist. Eine Generalklausel, wie sie Krause, a. a. O. S. 417 zitierte: »Der Bundesrat wird ermächtigt, während der Zeit des Krieges diejenigen gesetzlichen Maßnahmen anzuwenden, welche sich zur Abhilfe wirtschaftlicher Schädigungen als notwendig erweisen.« (§ 3 des Gesetzes über die Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts aus dem Jahre 1914) wäre daher gesetzwidrig. Dabei erscheint eine Parallele zur polizeilichen Generalklausel an dieser Stelle nicht angebracht. Die polizeirechtliche Generalermächtigung ist jedenfalls keine »vage« Generalklausel (vgl. oben), da das Ermessen der Polizei durch präzise Vorschriften und (vor allem vom Preuß. OVG entwickelte) Rechtsgrundsätze in rechtsstaatliche Bahnen gelenkt ist, während die Wirtschaftsintervention (im Rechtsstaat) noch weitgehend Neuland ist und solche Rechtsgrundsätze gerade erst »gefunden« werden müssen.

α) Die Anwendung liberal-rechtsstaatlicher Erkenntnisse.

Die wesentlichste Erkenntnis, die das heutige Verwaltungsrecht der Epoche Otto Mayers verdankt, ist die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, also der ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung zum hoheitlichen Eingriff in Freiheit und Eigentum. Dieses liberal-rechtsstaatliche Postulat ist auch Bestandteil unserer Verfassung und ist daher vollständig auf die Leistungsverwaltung zu übertragen. Soweit also auf dem Gebiete der unmittelbaren (und auch der mittelbaren — wie gleich noch näher darzulegen sein wird) öffentlichen Verwaltung durch einen hoheitlichen Eingriff die — vorgegebenen Güter Freiheit und Eigentum eingeschränkt werden, ist eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich²⁴². Dies gilt für Verbote mit Erlaubnisvorbehalt, Preisbindung, Verfügungsbeschränkungen usw.²⁴³. In Fortbildung dieses Grundsatzes hat das BVerwG diesen Gedanken auch auf Fälle angewendet, in denen eine Regelung durch eine untrennbare Wechselwirkung zwischen der Auferlegung einer Belastung und der Gewährung einer Begünstigung geschaffen wurde²⁴⁴ (Gemengelag von Berechtigung und Begünstigung). Dieser Grundstaz wird schließlich entsprechend zu gelten haben, wenn die Begünstigung für einen Staatsbürger zugleich eine rechtliche oder doch zumindest erhebliche tatsächliche Beeinträchtigung eines anderen Staatsbürgers hervorruft (janusköpfige VA.e²⁴⁵, Interdependenz von Eingriff und Leistung²⁴⁶). Diesen Gedanken hat grundlegend, aber doch fast etwas zu weitgehend, Imboden²⁴⁷ formuliert: »Was im heutigen sozialen Wirtschaftsstaat für die einen Vergünstigung und Gewährung bedeutet, erweist sich für andere, direkt oder indirekt, offen oder versteckt vielfach als Last. Im Grunde genommen geht es stets nur um ein Verteilungsproblem, um die Frage der Abwägung von Lasten und Vergünstigungen, von Leistungen des Einzelnen an den Staat und von Leistungen des Staates an den Einzelnen.« Und, im Betsreben, den Verwaltungsstaat in rechtsstaatliche Bahnen zu lenken (S 43): »Durch eine sinnvolle Handhabung des Vollzugsverordnungsrechtes ist der Weg geöffnet, eine den äußeren Bedürfnissen des heutigen Sozialstaates entsprechende Abstufung der Rechtsetzungsformen zu erreichen, ohne an die Grundlagen der

²⁴³ Vgl. hierzu Scheuner, VVDStRL. 11, S. 69; eine andere Frage ist dann natürlich, ob diese Ermächtigung durch Individualgesetz ergehen darf; vgl. hierzu Menger, VVDStRL. 15, S. 34: »Maßnahmegesetze sind unzulässig, wenn sie Eingriffe in die grundrechtlich gesicherte Freiheitssphäre ... enthalten«; vgl. hierzu ferner Forsthoff, Jellinek-Gedächtnisschrift (1955), S. 221 ff.; Ballerstedt, Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, Festschrift für Schmidt-Rimpler (1957), S. 369 ff. Allgemein über die »permanente Opferung des Normativen an die Dynamik wechselnder politischer Lagen«, Kägi, Die Verfassung als rechtsstaatliche Grundordnung des Staates (1947), S. 94 ff.

²⁴⁴ BVerwG. NJW. 1958, S. 1153; unter entsprechender Anwendung des in § 139 BGB. enthaltenen Grundgedankens sei davon auszugehen, »daß jedenfalls dann, wenn eine untrennbare Wechselwirkung zwischen der Auferlegung von Belastungen und der Gewährung von Begünstigungen besteht, eine einheitliche rechtliche Beurteilung der gesamten Regelung erforderlich ist.« Die Frage, ob rein begünstigende Akte der Leistungsverwaltung einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, klärte das BVerwG. a. a. O. nicht abschließend, neigte aber zu einer Verneinung einer solchen Ermächtigung.

²⁴⁵ Es gibt doppelköpfige VA.e nicht nur ihrem tatsächlichen Inhalt nach (Belastung-Begünstigung), sondern auch der Rechtsnatur nach (z. B. Versagung einer gemeindlichen Satzungsgenehmigung; vgl. hierzu Mörtel, Bayer. VerwBl. 1956, S. 362; Helmreich-Widtmann, Anm. 3 zu Art. 117 GO.

²⁴⁶ Das Gesetz, S. 42.

²⁴⁷ Vgl. Imboden a. a. O.

Verfassung zu rühren, ohne vor allem der innerlich widerspruchsvollen und dem Rechtsstaat gefährlichen Vorstellung von der grundsätzlichen Übertragbarkeit der rechtsetzenden Befugnisse zu erliegen²⁴⁸.«

β) Die Anwendung sozialstaatlicher Erkenntnisse.

Diese Ansicht, also das Abstellen auf die Belastung eines Aktes im herkömmlichen Sinn wird in vielen Fällen, vor allem bei der Subventionsverwaltung zu dem Erfordernis einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage führen. Trotzdem werden noch eine Reihe von Leistungen, insbes. anstaltliche Nutzungen, aber auch »neutrales« Subventionen nicht durch diese liberal-rechtsstaatliche Betrachtungsweise erfaßt. Hinsichtlich dieser rein begünstigenden VA.e folgt das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einer im Entstehen begriffenen sozialrechtsstaatlichen Betrachtungsweise. Die Schwierigkeit, die sich dabei ergibt, besteht vor allem darin, daß bis jetzt das Recht der Verwaltung, einen bestimmten rechtsverbindlichen Akt vorzunehmen und das Recht des Bürgers, die Vornahme dieses Aktes verlangen zu können, noch nicht hinreichend geschieden wurden und diese Zusammenhänge mit einigen Ausnahmen²⁴⁹ überhaupt noch nicht genügend untersucht wurden.

Die Hinführung zu diesen Problemen erfolgt dabei zweckmäßigerweise durch den — denkbaren — Versuch, auch diese rein begünstigenden Akte mit der liberal-rechtsstaatlichen Methode zu erfassen. Sucht der Staatsbürger eine Leistung nach, z. B. die Gewährung eines rein begünstigenden Darlehens, so stellt die Ablehnung des Antrags nur dann einen rechtswidrigen (belastenden) VA dar, wenn die versagende Behörde dabei gegen rechtliche Vorschriften verstoßen hat. Solche Vorschriften könnten entweder materieller Art sein (materiell-subjektiv öffentliches Recht auf Erteilung) oder formeller Art (vgl. hierzu gleich unten). Abgesehen von formellen Mängeln hinge also die Rechtmäßigkeit des belastenden VA.s davon ab, ob der Gesetzgeber dem Staatsbürger einen Rechtsanspruch gewährt hat oder nicht; denn: Konnte der Staatsbürger nicht kraft ausdrücklicher normativer Berechtigung die Leistung verlangen, so konnte die Verwaltung auch nicht gegen eine solche Norm verstoßen. Einem rechtswidrigen VA entginge der Staat also dann immer gerade dadurch, daß er möglichst

²⁴⁸ Zum Ganzen vgl. auch H. Huber, ZfSchR. 70, S. 184: »Daß in einem Rechtsstaat Eingriffe in Freiheit und Eigentum einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, ist plötzlich keine Wahrheit mehr, weil wir von den Interventionsmaßnahmen nicht wissen, ob sie Eingriffe sind.«

²⁴⁹ Vgl. z. B. Forsthoff, VVDStRL. 12, S. 19: »Sozialrechtliche Gewährleistungen gehen in erster Linie nicht auf Ausgrenzung, sondern auf positive Leistung, nicht auf Freiheit, sondern auf Teilhabe.« Grundlegend auch Bachof, a. a. O. S. 63: »Das kardinale Problem bei der Leistungsverwaltung ist aber das, woher die Verwaltung überhaupt die Berechtigung zu Leistungen nimmt und welchen Maßstab sie ihrer Verteilung zugrunde zu legen hat; . . . Daß der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung herkömmlich und auch positivrechtlich nur für die Eingriffsverwaltung gilt, mag bei dem früheren Vorherrschen der Eingriffsverwaltung als historische Erklärung dienen, bedeutet aber angesichts des eingetretenen Strukturwandels der Verwaltung keine echte Legitimation. Ich glaube, daß gerade hier die Staatszielbestimmungen der Rechtsstaatlichkeit und der Sozialstaatlichkeit fruchtbar gemacht werden können, u. U. (und zwar vornehmlich indem sie als Ermächtigung in Verbindung mit anderen Verfassungsgrundsätzen wie dem Gleichheitssatz) auch als Verpflichtung, jedenfalls aber als maßstäbliche Begrenzung erachtet werden.«

wenige Rechtsansprüche auf Leistungen gewährte²⁵⁰. Es wird hieraus schon ersichtlich, daß das Abstellen auf einen belastenden Akt im herkömmlichen Sinn hier versagt²⁵¹. Der »status positivus socialis« wurzelt vielmehr schon eine Stufe früher im Normsetzungsverfahren²⁵². Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erfährt eine teilweise Ausweitung zu der Rechtmäßigkeit der Gesetzgebung. Es erhebt sich die wichtige, aber ungeklärte Frage, inwieweit der Gesetzgeber verpflichtet (nicht nur berechtigt) ist, eine Leistung dem Staatsbürger nicht nur als Rechtsreflex, sondern in Form eines materiell-subjektiv öffentlichen Rechtes einzuräumen²⁵³. Diese Frage kann hier nur gestellt, nicht beantwortet werden. Doch wird man dem Sozialauftrag des GG, dem Prinzip der Lastengleichheit²⁵⁴, dem Grundsatz der »Schaffung von Ungleichheit zur Wiederherstellung der Gleichheit«²⁵⁵ den verpflichtenden Verfassungsauftrag des Gesetzgebers zu entnehmen haben, jedenfalls hinsichtlich eines Minimums der existentiellen Sphäre des Einzelnen einen status positivus socialis et activus (und nicht nur passivus) einzuräumen²⁵⁶.

Der Kernpunkt bei begünstigenden Akten der Leistungsverwaltung liegt nach alldem nicht auf der Frage, ob die Verwaltung dem Staatsbürger etwas gewähren darf, sondern vielmehr darauf, ob und inwieweit der Staatsbürger von der Verwaltung etwas verlangen darf. Letztere Frage kann aber nur und in erster Linie unter der Berücksichtigung der Verpflichtung des Gesetzgebers entschieden werden²⁵⁷.

Nach alldem besteht also ein innerer Zusammenhang zwischen der Verpflichtung des Gesetzgebers, die Teilhaberechte möglichst in Form materiell-subjektiv öffentlicher Rechte zu gewähren und der Verwaltung, die dann auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage die Leistungen gewährt. Trotzdem aber wendet sich dieses sozialstaatliche Postulat gerade an den Gesetzgeber und nicht an die Verwaltung. Hinsichtlich der Verwaltung hat dieses Postulat also nur die Wirkung eines Reflexes: Kommt der Gesetzgeber seiner Verpflichtung nach, so verteilt die Verwaltung kraft Natur der Dinge auf Grund einer ausdrücklichen Ermächtigung; kommt

²⁵⁰ Es erhellt schon, daß dadurch der in Art. 19/IV GG. gewährleistete Rechtsschutz weitgehend illusorisch würde.

²⁵¹ Der »defensive« Bürger geht eben von einem vorgegebenen Eigentums- (und Freiheits-) Begriff aus, der »offensive« Bürger stützt sich auf Eigentumssubstanz, die durch Verfassung und Gesetz gerade erst geschaffen wird. Die »Eingriffsverwaltung« und die Leistungsverwaltung gehen von konträren Staatsauffassungen aus und es ist vielleicht die Behauptung nicht verfehlt, daß die Verwaltungsrechtslehre, solange sie das Sicherheitsrecht unter den herkömmlichen Perspektiven betrachtet, auf halbem Wege stehen bleibt.

²⁵² Vgl. Bachof, VVDStRL. 12, S. 82.

²⁵³ Vgl. Rupp, DVBl. 1958, S. 114: »Die „Verrechtlichung“ der Sozialbeziehungen im Sinne eines Recht- und Pflichtenverhältnisses befindet sich in einem fast lawinenartigen Fortschreiten, an dem in erster Linie der Gesetzgeber, aber auch die Rechtssprechung beteiligt ist, man denke nur an die bekannte Entscheidung des BVerwG. über den Anspruch des Hilfsbedürftigen auf Fürsorgeunterstützung.« Weiter vgl. Maunz-Dürig, Anm. 44 zu Art. 1/I GG.; VVDStRL. 12, S. 56.

²⁵⁴ Bachof, VVDStRL. 11, S. 73.

²⁵⁵ Scheuner, VVDStRL. 11, S. 73.

²⁵⁶ Daher ist es bezeichnend, daß die »Aushöhlung des Gesetzesvorbehalts«, von der Ipsen, S. 15 in diesem Zusammenhang spricht, nicht von der Verwaltung, sondern gerade vom Gesetzgeber her zu verstehen ist.

²⁵⁷ Vgl. zu diesen Fragen noch Bachof, Gedenkschrift für W. Jellinek, S. 287 ff.; Bühler ebenda S. 269 ff.; Bachof VVDStRL. 12, S. 57, 58, 123, 124, ders. DOV. 1953, S. 417, 424; Becker, VVDStRL. 14, S. 107; Klein, VVDStRL. 8, S. 111 ff.; Bachof, Klage, insbes. S. 62 ff.

die Gesetzgebung der Verpflichtung nicht nach, so handelt doch die Verwaltung bedeutend sozialstaatlicher, wenn sie Leistungen verteilt, als wenn sie sich passiv verhält. Die Verantwortung trifft dann eben den Gesetzgeber. Aus Art. 19/IV GG und dem »in anderer Richtung zu verstehenden Freiheitsgedanken²⁵⁸« kann jedenfalls eine Verpflichtung zur Aktivität des Gesetzgebers, nicht aber eine Verpflichtung zur Passivität der Verwaltung gefolgert werden²⁵⁹.

Sonach ergibt sich die weitere Frage, ob für rein begünstigende Maßnahmen der Verwaltung nicht zumindest dann eine gesetzliche Grundlage gefordert werden muß, wenn diese wirtschaftslenkenden Charakter haben. Man könnte nämlich die staatliche Wirtschaftsintervention als eine Einmischung einer außerökonomischen Kraft in den wirtschaftlichen Bereich ansehen und daher solche Steuerungsmaßnahmen von einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage abhängig machen. Für eine solche Forderung würde es aber am berechtigten Subjekt fehlen. Der einzelne Staatsbürger erfährt seinen wesentlichen rechtsstaatlichen Schutz durch die Grundrechte, den Vorbehalt, den Vorrang des Gesetzes usw. »Die Wirtschaft« ist aber kein solches Schutzobjekt. Das Grundgesetz hat sich nicht auf einen bestimmten Wirtschaftstyp festgelegt²⁶⁰, wenngleich das Korrelat des sozialen Rechtsstaats die soziale Marktwirtschaft bildet. Der wirtschaftsverfassungsrechtliche Spielraum des GG erfährt seine Begrenzung also nicht durch unmittelbar gegenüber der Wirtschaft bestehende Schutznormen, sondern über den Umweg des individuellen Grundrechtsschutzes und der ebenfalls auf den Schutz der Individuen zugeschnittenen Verfassungsprinzipien. Die Existenz einer freien Marktwirtschaft als solcher ist daher nicht zur Begründung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für Wirtschaftsinterventionsmaßnahmen des Staates geeignet²⁶¹.

γ) Neben diesen liberal- und sozialrechtsstaatlichen Gesichtspunkten könnten noch allgemeine rechtsstaatliche (Gewaltenteilungsprinzip) und haushaltsrechtliche Gründe gegen die Nichtgesetzesakzessorietät der rein begünstigenden Verwaltung sprechen. Imboden hat in seiner Studie aus dem Jahre 1954²⁶² dargelegt, daß das Prinzip der Gewaltentrennung noch nicht die Aktualität verloren habe, die ihm die deutsche Staatsrechtslehre dadurch aberkannte, daß sie immer mehr das Prinzip des Vorbe-

²⁵⁸ Rupp, DOV. 1958, S. 84.

²⁵⁹ Diese Zusammenhänge, nämlich daß der Schwerpunkt des Eingriffsstaats bei der Vollzugsbehörde liegt, der des Leistungsstaats (schon) beim Gesetzgeber, mag Forsthoff wohl auch zu der — in dieser Resignation m. E. nicht gerechtfertigten Feststellung veranlaßt haben, VVDStRL. 12, S. 14: »Das überkommene, wesentlich aus dem Gesetzesbegriff und dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung entwickelte Gefüge des Verwaltungsrechts ist weithin aufgelöst und das Gebot der Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung fordert neue, materielle Rechtsgarantien für das Verwaltungshandeln, die wir mehr schlecht als recht dem Gleichheitssatz, dem Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung, sonstigen Grundrechtsverbürgungen und dem Aufopferungsgedanken abzugewinnen suchen. Die Dinge sind hier wesentlich weiter gediehen als ihre rechtliche Formung und ihre rechtswissenschaftliche Durchdringung und Ordnung. Die Aufgabe, die Eingriffsverwaltung und die Daseinsvorsorge in einem einheitlichen Rechtssystem zusammenzufassen, ist ungelöst — und das vielleicht deshalb, weil sie in der Tat unlösbar ist. Vielleicht ist es wirklich so, daß das moderne Verwaltungsrecht nicht infolge eines wissenschaftlichen Unvermögens, sondern kraft der Logik der Dinge dualistisch ist und bleiben wird.«

²⁶⁰ Scheuner, VVDStRL. 11, S. 68, 19 ff.

halts des Gesetzes für Eingriffe in Freiheit und Eigentum in den Vordergrund stellte. Diese Ansicht hat jedoch für den Geltungsbereich des GG nur beschränkte Richtigkeit. Schon die — in beschränktem Umfang zulässige — Schaffung von Maßnahmegesetzen weist zumindest in einigen Verwaltungsbereichen auf eine Auflösung des materiellen Gesetzesbegriffs und eine Verschiebung der Funktionen zwischen gesetzgebender und vollziehender Gewalt hin. Ebenso wie diese gesetzestaatliche Tendenz in einem gewissen Umfang durch das GG gedeckt ist, spricht sich die Verfassung andererseits auch nicht grundsätzlich gegen verwaltungsstaatliche Elemente aus. Prinzipiell kann also das Gewaltprinzip im Sinne Montesquieus²⁶³ nicht mehr für eine Beschränkung der Verwaltung auf den Vollzug von Gesetzen verwendet werden. Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die rein begünstigende Verwaltung könnte schließlich noch aus haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten in Frage kommen. Das Haushaltsgesetz ist nämlich nach moderner Auffassung nicht mehr eine gegenüber dem Staatsbürger wirkende parlamentarische Willensäußerung, sondern ein »staatsleitender Akt«, also ein »Staatsprogramm« für die vollziehende Gewalt, das kraft Verfassungsgebots in Gesetzesform durch die demokratisch-legitimierte parlamentarische Körperschaft zu verabschieden ist, um dessen politische Kontrollfunktion sicherzustellen²⁶⁴.

Dies bedeutet, daß das Haushaltsgesetz keine Legitimation für Befugnisse der Verwaltungsbehörden gegenüber dem Staatsbürger enthält. Damit ist aber auch die Bedeutung des Haushaltsgesetzes für das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erschöpft. Die staatsinterne Wirkung des Haushaltsgesetzes hat nicht zur Folge, daß begünstigende VA.e einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen. Bei der Betrachtung der sozialstaatlichen Elemente des Gesetzmäßigkeitsprinzips hat sich vielmehr gerade gezeigt, daß in bestimmtem Rahmen auf das Vorhandensein einer solchen Ermächtigung verzichtet werden kann. Die Frage, ob eine etatmäßige Zuweisung eine ausreichende gesetzliche Ermächtigung für die Verwaltung bildet, kann vielmehr nur von dem gestellt werden, der vorher ganz allgemein zu dem Schluß gekommen ist, die Leistungsverwaltung bedürfe einer gesetzlichen Grundlage — und müßte dann allerdings wegen der bloß internen Wirkung des Haushaltsgesetzes zu einer ablehnenden Stellungnahme kommen. Soweit man verteilende Verwaltung aber ohne gesetzliche Grundlage zuläßt, stellt sich die Frage nach der Geeignetheit der Haushaltszuweisung gar nicht mehr. Die Haushaltszuweisung und das Gebot, »der

²⁶¹ Der Staat wird nach moderner Staatsauffassung auch gar nicht mehr als ein von der Wirtschaft und Gesellschaft getrennter autonomer Machtträger verstanden, sondern dem Sozialauftrag des GG. entspricht es vielmehr, den Staat als die gesellschaftsgestaltende — und daher auch wirtschaftsgestaltende — Funktion zu begreifen; vgl. Forsthoff, Rechtsfragen und Bachof, VVDStRL. 12, S. 39 und S. 122: Der Staat korrigiere nicht mehr aktuelle Notstände einer — von ihm losgelösten — Sozialordnung, sondern er werde sozialordnungsgestaltend, gewissermaßen als oberster Stabilisierungs- und Gerechtigkeitsverwirklicher in dieser Gesellschaft tätig.

²⁶² Gesetz, S. 8 ff.: »Vorab in der deutschen Staatsrechtslehre wurde das Gesetzmäßigkeitspostulat später derart in den Vordergrund gestellt, daß das Bewußtsein von dessen Ursprung im Grundsatz der Gewaltenteilung mehr und mehr verloren ging und es schließlich den Charakter eines auf sich selbst gestellten Prinzips gewann.«

²⁶³ Über die Grenzziehung zwischen Gesetzgebung und Gesetzesvollziehung bei Montesquieu, vgl. Imboden a. a. O., S. 7.

²⁶⁴ Johannes Heckel, HdbDStR. II, S. 374 ff. (389).

Staat dürfte nichts verschenken²⁶⁵«, können daher lediglich dienstaufsichtliche Maßnahmen gegen den Übertreter auslösen²⁶⁶. Hat der Akt der Verwaltung indessen belastenden Charakter, sodaß nach liberal-rechtsstaatlichen Gesichtspunkten eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich ist, so kann nun andererseits die intern wirkende Haushaltsermächtigung wiederum nicht eine ausreichende gesetzliche Grundlage zum Erlaß von VA.en abgeben.

d) Sekundäre Rechtsstaatsschranken.

Die Tatsache, daß die rein begünstigenden VA.e keiner gesetzlichen Grundlage bedürfen, bedeutet nun aber keineswegs, daß die Verwaltung wahllos Leistungen verteilen darf. Auch hier hat die Leistungsverwaltung vielmehr ein »System sekundärer Rechtsschranken« zu beachten, das in seiner Gesamtheit eine wirksame verfassungsmäßige Beschränkung der öffentlichen Gewalt darstellt. So bildet z. B. der Gleichheitssatz, soweit er nicht schon in Einzelgesetzen konkretisiert ist²⁶⁷, eine sehr wirksame Garantie zum gleichen Zugang zu Nutzungen von öffentlichen Anstalten bzw. Einrichtungen. Bei der Überwindung allgemeiner Notlagen, insbes. auch bei Katastrophenbeihilfen wird das Opportunitätsprinzip eine gewisse Beschränkung des Verwaltungsermessens bringen und Subventionen werden — soweit hier nicht schon aus liberal-rechtsstaatlichen Gesichtspunkten eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage angezeigt erscheint — durch das Verbot der Willkür, darunter vor allem das Verbot subventionszweckwidriger Ermessenserwägungen²⁶⁸ wirksame verbindliche Richtlinien gesetzt werden.

cc) Einer gesonderten Untersuchung bedarf hinsichtlich des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung noch das Problem der Befugnis zur Formenauswechslung bei der unmittelbaren Verwaltung.

Dabei ist festzuhalten, daß gerade diese Frage viel zu wenig im Rahmen über Abhandlungen öffentlich-rechtlicher Verträge untersucht worden ist, obwohl hier ein Ansatzpunkt sowohl für die Zulässigkeit, als auch für die Definition öffentlich-rechtlicher Verträge liegt. Einerseits erscheint es unzweckmäßig, der Verwaltung den Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zu verwehren, wo sie rechtmäßig ins Privatrecht ausweichen kann, weiter erhebt sich aber die ganz andere Frage, ob sich der Verwaltung in Fällen unzureichender öffentlich-rechtlicher Normierung einer Materie überhaupt die Möglichkeit bietet, durch Abschluß eines (öffentlich-rechtlichen) Vertrags Rechtssätze des öffentlichen Rechts zu gestalten.

Keine Wahl in der Verwendung von Rechtsformen hat die Verwaltung, wenn ihr das Gesetz zur Durchführung einer Aufgabe die Verwendung der einen oder anderen

²⁶⁵ So Köttgen, DVBl. 1953, S. 485 ff., Ipsen, S. 20, S. 33.

²⁶⁶ So im Ergebnis auch BVerwG. in MDR. 1959, S. 602.

²⁶⁷ Vgl. z. B. Art. 21/I Bayer. GO.

²⁶⁸ Ipsen, S. 78 ff.

Rechtsform ausschließlich vorschreibt²⁶⁹. Einfach ist der Fall auch, wenn das Gesetz die Wahlmöglichkeit ausdrücklich zuläßt²⁷⁰.

Solche Fälle werden aber selten sein. I. d. R. wird das Gesetz den Verwaltungsbehörden Aufgaben zur Erledigung zuweisen und zum Erlaß von VA.en eine mehr oder weniger ausführliche normative Ermächtigung liefern. Es fragt sich dann, inwieweit die Verwaltungsbehörden die in diesen Fällen stillschweigend implizierte hoheitliche Regelungsbefugnis durch eine privatrechtliche Regelung ersetzen können.

Auf dem Gebiete der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erscheint den Behörden die Verwendung privatrechtlicher Formen weitgehend verwehrt; eine solche Verwendung ist in diesem klassischen Bereich der Subordinationsverwaltung insoweit ausgeschlossen, als die Behörde auf Grund gesetzlicher Ermächtigung VA.e setzen kann (weder kann die Polizei einen Schutz- oder Sicherheitsgewahrsam, vgl. Art. 17, 18 PAC, in Form eines privatrechtlichen Mietvertrages durchführen, noch ist die Auswechslung einer »Polizeiverfügung« mit einer »einvernehmlichen« Regelung denkbar). Auch die Leistungsverwaltung ist Hoheitsverwaltung; dennoch sind hier die Grenzen privatrechtlicher Betätigungsfreiheit der Behörden weniger eng zu ziehen wie bei der »Eingriffsverwaltung«, also beim Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Im Gegensatz zum Sicherheitsrecht läßt sich bei der Leistungsverwaltung die Frage, ob ein Bereich abschließend und keine anderslautende Regelung zulassend normiert wurde, nicht generell beantworten. Wo die Verteilung von Leistungen in einer detaillierten gesetzlichen Regelung ihren Niederschlag gefunden hat, wird regelmäßig eine (widerlegbare) Vermutung für den abschließenden öffentlich-rechtlichen Regelungscharakter des Gesetzes sprechen. Je unvollständiger jedoch eine gesetzliche Regelung ist, desto weniger wird sie als abschließende gewollt sein und beim Vorliegen einer bloßen Blankoermächtigung wird die privatrechtliche Begründung von Rechten gerade erst durch Vertrag erfolgen können.

2. Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bei der mittelbaren öffentlichen Verwaltung.

Das Verhältnis aller Leistungs- und Sachbeschaffungsvorgänge der mittelbaren öffentlichen Verwaltung zur Rechtsordnung ist, soweit ersichtlich, in dieser Allgemeinheit noch nicht näher untersucht worden. Da sich aus einer solchen Untersuchung jedoch eine — nicht zuletzt auch für den öffentlich-rechtlichen Vertrag — interessante Aussage über das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gewinnen läßt, soll nachfolgend kurz diese mittelbare Verwaltungstätigkeit in ihrer Beziehung zur Rechtsordnung erörtert werden.

²⁶⁹ Eine ausreichende hoheitliche Regelung ist z. B. dem Art. 34/II S. 2 LStVG. zu entnehmen, nach dem die Regierungen durch Anordnung für den Einzelfall den Betrieb gewisser Anlagen verbieten können; vgl. andererseits § 72 BVertr.-G., wo es unbestritten ist, daß die »Kreditgewährung« in Form eines (zivil)rechtlichen Vertrages erfolgt.

²⁷⁰ Vgl. Art. 23 Bayer. GO.: »Die Gemeinden können zur Regelung ihrer Angelegenheiten Satzungen erlassen« — (d. h., sie können auch privatrechtliche Verträge abschließen).

Grundsätzlich wird man sagen können, daß sich die Sachbeschaffung, nicht selten aber auch die Beschaffung von persönlichen Leistungen, auf dem Boden und in den hergebrachten Formen des Privatrechts vollzieht; ausnahmsweise aber, vor allem, wenn der Vorgang der Leistungs- oder Sachbeschaffung eine besondere Bedeutung für die Allgemeinheit hat, wenn er sich oft wiederholt, ect., hat der Gesetzgeber die Materie in Spezialgesetzen geregelt, in denen i. d. R. behördliche Zwangsbefugnisse enthalten sind (Steuergesetze, Enteignungsgesetze), ausnahmsweise auch nicht (Bestimmungen, die zum Abschluß eines Expropriationsvertrags ermächtigen). Es ist bemerkenswert, daß diese Materien der Sach- und Leistungsbeschaffung dadurch, daß sich der Gesetzgeber ihrer annimmt, regelmäßig zu öffentlich-rechtlichen werden. Eine allgemeine Aussage darüber, ob und inwieweit eine solche gesetzliche Sonderregelung abschließend, d. h. keine anderslautende Rechtshandlung zulassend, ergangen ist, läßt sich nun aber nicht treffen. Dies muß vielmehr für jedes einzelne Gebiet der Leistungs- und Sachbeschaffung gesondert festgestellt werden. So erscheint z. B. der abschließende Charakter der Steuerregelung überzeugend, andererseits wird es aber der Gemeinde niemand verwehren, ein Grundstück privatvertraglich zu erwerben, selbst wenn sie eine gesetzliche Grundlage zur Enteignung hätte. So ergibt sich z. B. auch eine zwangslose Erfassung des systematisch schwer einzuordnenden Expropriationsvertrages: Es handelt sich hierbei um einen Fall spezialgesetzlicher, und zwar öffentlich-rechtlicher Regelung einer Sachbeschaffung, die nicht abschließend ist und daher auch Raum läßt für einen privatrechtlichen Erwerb von Grundstücken.

Schon in Übereinstimmung mit der Verwaltungsrechtslehre des liberalen Rechtsstaats ist aber für alle hoheitlichen, zwangsweise durchsetzbaren Leistungs- und Sachbeschaffungsvorgänge eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu fordern. Der Vorbehalt des Gesetzes gilt für alle belastenden VA.e, gleich, ob es sich um unmittelbare oder um mittelbare öffentliche Verwaltung handelt.

Vielseitige Erfassungsmöglichkeiten bietet der Begriff der mittelbaren öffentlichen Verwaltung vor allem bei den zahlreichen Fällen der Indienstnahme²⁷¹ (Inverwaltungsnahme). Auch hier wird sich die einseitig verbindliche Inanspruchnahme Privater zur Ausführung öffentlicher Aufgaben regelmäßig nur auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage realisieren lassen.

Zusammenfassung hinsichtlich des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

1. Unmittelbar öffentliche Verwaltung.

Die Verwaltung bedarf zum Erlaß von rechtlich oder zumindest erheblich tatsächlich belastenden VA.en einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (liberal-rechtsstaatliches Prinzip). Darüber hinaus, d. h. also für rein begünstigende VA.e, ist keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich (Schluß von der Aufgabe auf

²⁷¹ Vgl. Ipsen, Festschrift für Erich Kaufmann, S. 141 ff. Forsthooff, Verwaltungsrecht, S. 324 und jetzt vor allem Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, insbes. S. 30 ff.

die Befugnis), es bestehen insoweit aber wirksame sekundäre Rechtsstaatsschranken (Opportunitätsprinzip, Gleichheitssatz, Willkürverbot ect.). Das sozialstaatliche Prinzip stellt weniger auf eine Ermächtigung zum Tätigwerden der Verwaltung ab, sondern vielmehr auf eine Verpflichtung des Gesetzgebers zu einem bestimmten Handeln (status socialis positivus et activus). Die Frage der Formenverwendungsbefugnis richtet sich nach der Gesetzdispositivität. Im Rechte der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist die hoheitlich-anordnende Regelung auf Grund der Nicht-Dispositivität der einschlägigen Normen die einzig zulässige Regelungsform. Bei der Leistungsverwaltung läßt sich diese Frage nicht generell beantworten; je detaillierter jedoch ein Leistungsbereich gesetzlich geregelt ist, desto eher besteht die Vermutung, daß die in diesen gesetzlichen Bestimmungen vorgesehene Regelung Exklusivcharakter tragen soll, je lückenhafter eine gesetzliche Regelung ist, desto eher hat die Verwaltung die Befugnis zur Formenvertauschung, d. h. also regelmäßig zur Verwendung privatrechtlicher Formen.

2. Mittelbare öffentliche Verwaltung.

Primär ist zu unterscheiden zwischen Sach- und Leistungsbeschaffung in den Bahnen des privaten und des öffentlichen Rechts. Vollzieht sich die Sach- und Leistungsbeschaffung in den Formen des öffentlichen Rechts, so gilt für den Erlaß von belastenden VA.en in Anwendung der liberal-rechtsstaatlichen Erkenntnisse der Vorbehalt des Gesetzes Die Frage der Formenvertauschbarkeit läßt sich bei öffentlich-rechtlich normierten Sach- und Leistungsbeschaffungsvorgängen nicht generell, sondern für den konkreten Fall beantworten.

II. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht.

Die vorstehenden Ausführungen dienten vor allem dazu, durch eine Aufteilung der Verwaltungstätigkeiten in einzelne Bereiche zu einer besseren Durchdringung des für die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge wichtigen Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beizutragen und den Vertrag als Regelungsbefugnis der öffentlichen Verwaltung näher zu untersuchen. Für die Definition öffentlich-rechtlicher Verträge, insbes. für deren Abgrenzung zu privatrechtlichen Verträgen, erweist es sich nun weiter erforderlich, das Wesen des öffentlichen Rechts und seine Unterscheidung vom privaten Recht kurz zu untersuchen.

Die den kontinentalen Staaten eigentümliche Scheidung in öffentliches und privates Recht, die im römischen Recht schon in einer bekannten Digestenstelle angeklungen war²⁷², heute ein Grundpfeiler unserer Rechtsordnung²⁷³, hat in Deutschland trotz jahrzehntelanger Bemühungen noch nicht zu einem befriedigenden Ergebnis geführt.

²⁷² Dig I, 182 publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat privatum quod ad singulorum utilitatem.

²⁷³ Stern, AöR. 84, S. 313: »Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht ist eine Grundfrage unseres Rechts. Obwohl sie, wie kaum eine andere Frage, in der Diskussion nie verstummte, gehört sie immer noch zu den ungelösten Grundproblemen der Rechtswissenschaft.« Ebenso Wolff, AöR. 76, S. 207.

Was die wohl auch heute noch als herrschend zu bezeichnende Subjektionstheorie betrifft, so erscheint es uns als *petitio principii*, auf eine rechtliche Über-Unterordnung abzustellen, die ja ihrerseits nicht so sehr Voraussetzung, als vielmehr Folge eines hoheitliche Zwangsbefugnisse beinhaltenden Rechtssatzes ist. Die Entwicklung einer solchen Theorie erscheint nur verständlich in einer Zeit, in der öffentliches Recht weitgehend gleich empfunden wurde mit »polizeilichem« staatlichem Einschreiten; nur dadurch, daß man den hoheitlichen Charakter einer Norm sozusagen schon im Gefühl hatte, konnte man Voraussetzung und Folge so gründlich miteinander verwechseln²⁷⁴.

In der Praxis führt uns die Subjektionstheorie heute zu manchmal grotesken Ergebnissen; so erscheint es paradox, daß ein durch einen Postomnibus verursachter Unfall als in Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgt angesehen wird, während bei einem Bahnbus derselbe Vorgang privatrechtlich gewertet wird. Weiter empfinden wir es gekünstelt, wenn wir bei einem durch eine städtische Straßenbahn verursachten Unfall darauf abstellen, ob das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelt ist und im letzteren Falle sogar noch einen Unterschied machen, ob der Unfall im Omnibus oder außerhalb (d. h. gegenüber einer Person, die nicht Fahrer war) erfolgte.

Trotz diesen gedanklichen und praktischen Unzulänglichkeiten dieser Theorie bleibt es jedoch eine unverrückbare Tatsache, daß das Kriterium der Subordination in entscheidender Weise das deutsche Verwaltungsrecht geprägt hat, wobei die Einordnung gewisser Handlungsformen unter diesen Begriff (vgl. z. B. die VA.e auf Unterwerfung) etwas gewaltsam geschah. Die aktuelle Bedeutung der Subordination beweist schon unser gegenwärtiges Klagesystem, in dem der hoheitliche, von der Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles erlassene Akt (VA) den entscheidenden Anhaltspunkt für die drei westlichsten Klageformen²⁷⁵ abgibt. Wenn die BVGO nunmehr die primäre Einteilung in Gestaltungs- Leistungs- und Feststellungsklagen bringt, so darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch jetzt noch dem Begriff des VA.s im Verwaltungsprozeßrecht die erste Bedeutung zukommt²⁷⁶. Unter Berücksichtigung all dieser für und gegen die Subjektionstheorie sprechenden Tatsachen soll im nachfolgenden kurz untersucht werden, ob eine der anderen vertretenen Theorien heute der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht gerecht werden kann. Von der Flut der im Laufe der Zeit entwickelten Theorien²⁷⁷ sollen allein die heute noch zur Lösung des Problems in Erwägung zu ziehenden Interessentheorie und Zuordnungstheorie erörtert werden.

²⁷⁴ Stern, AöR. 84, S. 316: »Das Subjektionsverhältnis ist Folgerung, nicht Voraussetzung öffentlich-rechtlicher Rechtssätze.« Ebenso Wolff, Verwaltungsrecht, § 22/II.

²⁷⁵ Aufhebungsklage, Verpflichtungsklage und kombinierte Aufhebungs- und Verpflichtungsklage (»Weigerungsgegenklage«).

²⁷⁶ Vgl. § 42 f., ee 68 ff., §§ 113 ff. BVGO. Dabei ist es allerdings erstrebenswert, für die Zulässigkeit der Klage allgemein einen bloß potentiellen VA. zu fordern, also den Nachweis eines im Hoheitsverhältnis ergangenen, ein gewisses Minimum einer verbindlichen Aussage enthaltenden Aktes der Verwaltungsbehörde und im übrigen die Fragen der rechtserheblichen Regelung und der eventuellen Verletzung objektiven und subjektiven Rechts der Begründetheit der Klage vorzuenthalten.

Die Interessentheorie, die auf die oben zitierte Ulpianstelle zurückgeht²⁷⁸, stellt darauf ab, ob ein Rechtsverhältnis überwiegend den einzelnen oder aber ob es überwiegend die Öffentlichkeit angeht. Wie schon an anderer Stelle hervorgehoben²⁷⁹, kann ein solches unsicheres Kriterium heute nicht mehr Verwendung finden, ganz abgesehen davon, daß die Interessentheorie zu einer unübersehbaren Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Rechtskreises führen würde, liegt doch letztlich, wie Molitor zu Recht hervorhebt, die Erfüllung der privatrechtlichen Pflichten zugleich wegen des Rechtsfriedens auch im öffentlichen Interesse.

Die Zuordnungstheorie ist neueren Datums²⁸⁰ und versucht die Abgrenzung von öffentlichem und privaten Rechts auf neuen Wegen. Öffentliches Recht ist darnach der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren Zuordnungsobjekt ausschließlich ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist. Der Stein der Weisen scheint mir auch mit dieser Theorie noch nicht gefunden zu sein: Hält man sich an die ursprüngliche, von Wolff im AöR vertretene Fassung der Definition²⁸¹, stellt man also auf die durch Rechtssätze oder Staatsakte bestimmten Rechtssubjekte ab, so kann die Definition sogleich mit dem Einwand zu Fall gebracht werden, daß es auch privatrechtliche Rechtssubjekte gibt, die durch Staatsakte bestimmt werden²⁸². Zieht man jedoch aus dieser Schwäche der ursprünglichen Fassung der Definition die nötige Konsequenz und fordert von den durch Rechtssätzen und Staatsakten bestimmten Rechtssubjekten weiter, daß ihnen *hoheitliche Gewalt* verliehen ist²⁸³, so hat man m.E.s. im Vergleich zur Subjektionstheorie nichts dazugewonnen; denn wie bei jener wird man die einschlägigen Rechtssätze daraufhin zu untersuchen haben, ob sie dem Zuordnungsobjekt hoheitliche Gewalt verleihen, eine Prüfung, die man mit der neuen Theorie gerade ausschalten wollte²⁸⁴.

²⁷⁷ Eine eingehende Darstellung über die sozialrechtliche Theorie O. v. Gierkes, über die Theorie der reinen Rechtslehre Kelsens, über die Rechtsformentheorie u. a. bringt Molitor, »Über öffentliches und privates Recht.«

²⁷⁸ Hauptvertreter: v. Savigny, System des römischen Rechts, S. 22; Triepel, Festschrift für Brunner, S. 545; Apelt, S. 129.

²⁷⁹ Vgl. oben, S. 54.

²⁸⁰ Begründet von Wolff, AöR. 76, S. 205 ff., fortgeführt in seinem Lehrbuch, § 22/II und von Stern, AöR. 54, S. 318 f.

²⁸¹ AöR. 76, S. 210: »Öffentliches Recht ist mithin der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, welche nur solche Subjekte berechnen oder verpflichten, die ausschließlich durch Rechtssätze oder Staatsakte bestimmt sind, oder die auf Grund eines Tatbestandes berechnen oder verpflichten, der nur einem solchen Subjekt zurechenbar ist.«

²⁸² So bestimmt z. B. § 74 HandwO. die Landesinnungsverbände als Juristische Personen des privaten Rechts.

²⁸³ Stern, AöR. 84, S. 318 unter Hinweis auf Wolffs Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, S. 80, 85 f.: »Die Theorie Wolffs bedarf daher einer Erweiterung, die wohl bereits von ihm selbst vorgenommen ist, indem das Merkmal der Zuerkennung hoheitlicher Gewalt, die durch den Rechtssatz oder den Staatsakt verliehen wird, hinzuzufügen ist.«

(Vgl. eingehend zu diesem Problem auch W. Buchner, Die Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts nach Bundesrecht und bayerischem Landesrecht, S. 52 ff. Münch. Diss. 1958.)

²⁸⁴ Wolff, AöR. 76, S. 209: »Die vorgeschlagene Definition hat die Vorzüge, das . . . Moment der Gewalt ganz beiseite zu lassen . . . Auch auf den sich durch Hereinnehmen der öffentlichen Gewalt wieder einschleichenden *circulus vitiosus* sei kurz hingewiesen. Besonders strenge Anforderungen an die Trennung von Voraussetzung und Folge wird man bei der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht übrigens überhaupt nicht stellen dürfen, denn es ist gerade dieser Problematik eigen, daß sich ein letzter Rest eines *circulus vitiosus* wohl nie ganz wird ausschalten lassen können.

Nach all diesen Erörterungen erscheint trotz mancher Bedenken die Beibehaltung und Weiterentwicklung einer richtig verstandenen Subjektionstheorie doch noch die beste Lösungsmöglichkeit. Es ist ein unbestreitbares Wesensmerkmal eines öffentlich-rechtlichen Rechtssatzes, daß er einen Lebenssachverhalt immer unter dem primären Interesse des Volksganzen, der Polis, des Bundesvolkes, des Landvolkes, der Gemeinde, ect. regelt. Obwohl, wie ausgeführt, in einem weiteren Sinne die ganze Rechtsordnung dem Allgemeininteresse zu dienen bestimmt ist, kann man dieses spezifisch Gemeinschaftsbezogene eines Rechtssatzes schon als brauchbares (wenn auch für sich allein nicht ausreichendes) Kriterium für die Bestimmung des öffentlichen Rechts heranziehen.

Weiter ist aber erforderlich, daß der Rechtssatz oder die Gesamtheit von Rechtssätzen Zwangsbefugnisse enthalten, also insbes. einer Behörde die Befugnis einräumen, eine Rechtslage einseitig verbindlich zu regeln und ggfls. unmittelbar-zwangsweise durchzusetzen; es muß also die zumindest potentielle Möglichkeit einer einseitig verbindlichen Regelung bestehen. Kraft innerem Zusammenhang ist dabei auch das den Aufbau einer Behörde und das die Beziehungen zwischen den verschiedenen Behörden regelnde Recht öffentliches Recht (i. d. R. Organisationsrecht).

Anhang: Der Zwiespalt zwischen öffentlicher und öffentlich-rechtlicher Verwaltung. Nach der dargelegten Subjektionstheorie stellt sich das öffentliche Recht dar als eine Gesamtheit hoheitlich-verbindlicher Anordnungsbefugnisse und der mit der Ausführung dieser Anordnungen zusammenhängenden Normen, also ein "ensemble de compétences"²⁸⁵. Diese Definition des öffentlichen Rechts führt, wie allgemein bekannt ist, zu einem Auseinandertreten von öffentlicher und öffentlich-rechtlicher Verwaltung. Öffentlich ist jede Verwaltung, sei es, daß unmittelbar oder mittelbar das Gemeinwohl verwirklicht wird. Öffentlich-rechtlich ist diese Verwaltung nur dann, wenn sie sich in jenen spezifisch-hoheitlichen Normen realisiert. In einem gewissen Sinne folgt also die öffentliche Verwaltung einer materiellen Betrachtungsweise, während die Frage, in welcher Rechtsform diese Verwaltung durchgeführt wird, sich nach einem formellen Kriterium bemißt. Diese mangelnde Übereinstimmung von materiellen und formellen Elementen war in dem Verwaltungsrechtssystem des liberalen Rechtsstaats (Eingriffsverwaltung) noch weitgehend unbedeutend²⁸⁶; im gegenwärtigen Verwaltungsrecht jedoch, das in einigen Punkten dem Inhalt (Grundrechtsgeltung), in anderen der Form folgt (Rechtsweg), wird sie immer aktueller und wenn die h. L. bei der Subjektionstheorie verharret, wird sie sich bald ausdrücklich mit diesen Problemen auseinanderzusetzen haben. An dieser Stelle sei nur das wichtigste Verwaltungsrechtsinstitut, nämlich der Verwaltungsakt in seiner Stellung zur öffentlich-rechtlichen Verwaltung untersucht.

Der V. A. ist seit je das Regelungsmittel des öffentlichen Rechts. Dabei sah man sich — vor allem zu Zeiten der Eingriffsverwaltung — nie näher genötigt, gerade die Beziehung des VAs. zum öffentlichen Recht näher zu untersuchen.

Daß eine solche Untersuchung schon in der auf den belastenden VA. abstellenden Eingriffsverwaltung nicht unangebracht gewesen wäre, zeigt folgende Überlegung: der VA. ist phänomenologisch ein Befehl, wie er auch im Privatrechtsleben hin und

wieder vorkommt (elterliche Gewalt, Arbeitsverhältnis). Das was ihn zu einer Maßnahme des öffentlichen Rechts macht, ist seine Emanation aus der öffentlich-rechtlichen Hoheitsgewalt. Dabei bieten sich für die nähere Bestimmung logisch zwei Möglichkeiten an. Einmal könnte man als VA. nur diejenigen Befehle bezeichnen, die ihre Gültigkeit aus einem Rechtssatz des öffentlichen Rechts beziehen. Das Verwaltungsrecht ist einer zweiten Betrachtungsweise gefolgt und bezeichnet ganz allgemein das Phänomen »Befehl«, »einseitig-verbindliche Anordnung« als VA., ganz unabhängig davon, ob dieser Befehl im Einzelfall durch eine öffentlich-rechtliche Norm gedeckt ist, wenn er nur von einer Behörde ausgesprochen wird, der ganz allgemein Hoheitsrechte eingeräumt wurden²⁸⁷. Diese Betrachtungsweise führte für die Konzeption der Eingriffsverwaltung zu keinerlei Schwierigkeiten: Erließ ein Hoheitsträger einen Befehl, so bezeichnete man diesen Befehl als einen Verwaltungsakt und gewährte dagegen die Anfechtungsklage; war der Akt fehlerhaft, entbehrte der Befehl insbesondere der öffentlich-rechtlichen Grundlage, so wurde er aufgehoben und man begnügte sich mit diesem Ergebnis; die Frage, ob dieser Befehl, der der speziellen (öffentlich-rechtlichen) Ermächtigung entbehrte, überhaupt als Maßnahme des öffentlichen Rechts aufrecht zu erhalten war, stellte man sich gar nicht mehr. Die Anhänger der herkömmlichen Staatsauffassung, halfen sich über diese Divergenz dadurch hinweg, daß sie den VA. (noch) als Ausdrucksmittel der »Öffentlichen Gewalt« als solchen, des Imperiumsträgers begriffen. Genau genommen hatte also der VA. zur Zeit des liberalen Rechtsstaats seine Definition aus der öffentlichen Gewalt als solcher, der *puissance publique* und nicht aus der Gesamtheit der gesetzlichen Anordnungsbefugnisse bezogen. Dieser allgemeine Hoheitskomplex der Exekutive spaltete sich im Laufe der Zeit in eine Vielheit von Einzelbefugnissen auf. Dadurch wurde es immer schwieriger, die Qualifikation des VA.s als öffentlich-rechtliche Maßnahme aus der allgemeinen Hoheitsstellung des Staates abzuleiten. Dies hat die moderne Lehre — schon wegen der Klagemöglichkeit des Betroffenen — dazu geführt, hinsichtlich des VA.s auf die äußere Erscheinungsform der Verwaltungshandlung, auf den erkennbaren Willen der Behörde abzustellen²⁸⁸. Man bezeichnet

²⁸⁵ So dem Sinne nach gleichbedeutend für das französische Recht Vedel, *Etudes et Document du Conseil d'Etat* (1954), Seite 42.

²⁸⁶ In dieser mit Geboten und Verboten arbeitenden »Polizei«verwaltung bot sich als typisches Regelungsmittel der einseitig verbindliche Befehl an.

²⁸⁷ Zu diesen Problemen äußert sich nun eingehend das BSG. in NJW. 1960, S. 402; das BSG. interpretiert dabei den Stand der Verwaltungsrechtswissenschaft zu dieser Frage folgendermaßen: »Ob eine hoheitliche Maßnahme schon dann vorliegt, wenn die Verwaltung eine „Verfügung, Anordnung oder Entscheidung“ (§ 25 MRVO. 165) unter Inanspruchnahme hoheitlicher Macht erläßt, oder ob darüber hinaus zu fordern ist, daß die Regelung „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ erfolgt, d. h. von *wirklich bestehenden* (von mir unterstrichen) Machtbefugnissen getragen wird, ist streitig.« Diese Interpretation des Standes der Lehre zu diesem Streitpunkt entspricht meines Erachtens nicht den Tatsachen. Bei unserem gegenwärtigen, typisch auf die Subjektionstheorie abgestellten Klagesystem könnte es sich kein Gericht oder Verwaltungsrechtslehrer leisten, als VA. nur die Maßnahmen zu bezeichnen, die »von wirklich bestehenden Machtbefugnissen« getragen werden; die Behauptung des Hoheitsträgers, ihr Befehlsakt sei von Machtbefugnissen getragen (— ob dies wirklich der Fall ist, entscheidet dann die Begründetheit der Klage —) genügt, denn sonst gäbe es nur unbegründete Anfechtungsklagen.

²⁸⁸ Hierzu eingehend BSG. a. a. O.

als Anordnungen des öffentlichen Rechts »diejenigen Maßnahmen, die auf Grund hoheitlicher Zuständigkeit, insbes. — *auch nur angeblich* — einen Verwaltungsrechtssatz durchführen«²⁸⁹, wobei man sich wohl darüber klar ist, daß die Maßnahme, die nur angeblich einen Verwaltungsrechtssatz durchführt, also der behördliche Befehl, der einer öffentlich-rechtlichen Grundlage entbehrt, streng genommen keine Maßnahme des öffentlichen Rechts ist. Aber man stellt in diesem Punkte auf das äußere Erscheinungsbild des Befehls ab, nicht auf seine tatsächliche Öffentlich-rechtlichkeit²⁹⁰. Streng genommen könnte man also von einer weiteren Gruppe aller behördlichen Befehle sprechen und von einer engeren Gruppe aller durch öffentlich-rechtliche Normen gedeckten Befehle.

Dieses Auseinandertreten der tatsächlichen Natur und der Rechtsnatur der behördlichen Befehle war so lange nicht aktuell, als die Behörden, wenn sie öffentliche Verwaltung in öffentlich-rechtlicher Form durch Befehle ausübten, für die Gültigkeit dieser Befehle einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedurften. Hatte der behördliche Befehl eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung, so war die Subjektionstheorie gerade das geeignete Mittel zur Feststellung der öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur dieses Aktes. (Die Frage nach der Rechtsnatur, wenn diese Ermächtigung fehlte, stellte man sich, wie ausgeführt, erst gar nicht.)

Nach neuer Erkenntnis üben die Behörden nun aber auch öffentliche Verwaltung in der Form der einseitig-verbindlichen Anordnung aus, ohne daß zur Gültigkeit dieser Anordnung eine ausdrückliche (öffentlich-rechtliche) Ermächtigung erforderlich wäre, nämlich bei einer Reihe von Leistungsgewährungen. Erkennt die Behörde einem Staatsbürger einseitig-verbindlich ein Darlehen zu, so bezeichnet man diesen Akt mit Selbstverständlichkeit als VA²⁹¹. Trotzdem wird sich die öffentlich-rechtliche Natur dieses Aktes mit der heute geltenden Subjektionstheorie schwer herleiten lassen. Wenn man einerseits für die Gültigkeit solcher Anordnungen keine ausdrückliche gesetzliche (öffentlich-rechtliche) Grundlage fordert, andererseits diese Anordnung als Maßnahme des öffentlichen Rechts aufrecht erhalten will, so bedeutet dies m. E. s im Ergebnis nichts anderes als das Aufgeben der Subjektionstheorie zu Gunsten einer »Aufgaben-«, einer »Interessentheorie«.

Auch bei der Definition des öffentlichen Rechts macht sich also jener »Dualismus zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung«²⁹² bemerkbar. Das kommt vielleicht daher, daß die Subjektionstheorie letzten Endes nur da zu halten ist, wo, wie im Sicherheitsrecht, die Regelungsform »einseitig-verbindliche Anordnung« für ihre Gültigkeit sogleich einer ausdrücklichen öffentlich-rechtlichen Ermächtigung bedarf, daß aber die Verwendbarkeit der Subjektionstheorie dort enden muß, wo die Regelungsform »einseitig-verbindliche Anordnung« auch ohne solche Ermächtigung ihre Gültigkeit erhält. Wie sich diese Probleme entwickeln werden, ob insbes. auf längere Sicht die Subjektionstheorie, zumindest im Bereich der Leistungsverwaltung, einer

²⁸⁹ Wolff, S. 234.

²⁹⁰ Vgl. z. B. OVG. Lüneburg in DVBl. 1954 S. 297 mit Anm. v. Bettermann.

²⁹¹ Vgl. z. B. BVerwG. in MDR. 1959 S. 602.

²⁹² Vgl. ForsthoFF, VVDStRL. Bd. 12, S. 14.

Interessentheorie (wieder) weichen wird, läßt sich noch nicht feststellen und kann hier auch nicht näher untersucht werden. Für den gegenwärtigen Zeitpunkt jedenfalls ist die Subjektionstheorie noch als herrschende Meinung zu bezeichnen und von ihr wird daher auch weiterhin, insbesondere bei der Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages auszugehen sein.

An dieser Stelle war lediglich aufzuzeigen, wie die einseitig-verbindliche behördliche Anordnung als Regelungsform der öffentlichen Verwaltung vor allem von der Leistungsverwaltung her zu einer Umgestaltung der Definition des öffentlichen Rechts führen könnte.

Schließlich sollen noch kurz zwei Begriffe untersucht werden, die, wie die Ausführungen über die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge gezeigt haben, ohne nähere Erläuterung verwendet werden, obwohl sie keineswegs ohne Schwierigkeit zu bestimmen sind, d. i. das Begriffspaar Subordinations- und Koordinationsrecht. Als Ausgangspunkt für die Klärung hat das sogenannte »abstrakte« Rechtsverhältnis, oder, wie Jellinek und Eyermann-Fröhler²⁹³ sagen, der Rechts»zustand« zu dienen. Dabei handelt es sich um eine vom Gesetzgeber aufgestellte abstrakt-latente Beziehung, die die Möglichkeit in sich birgt, sich durch den Eintritt gewisser Ereignisse zu einem bestimmten Rechtserfolg zu konkretisieren. Eine solche Rechtsbeziehung gehört dem Subordinationsrecht an, wenn sie dem Zuordnungsobjekt bei der erwähnten Konkretisierung die Fähigkeit einräumt, mit einseitig verbindlicher Anordnung eine Rechtsfolge auszusprechen. Eine solche Subordinationsbeziehung liegt i. d. R. vor im Verhältnis Staat-Staatsbürger; notwendig ist dies aber nicht; auch zwischen juristischen Körperschaften ist eine Über- Unterordnung auf gewissen Gebieten und in z. T. verschieden weitem Ausmaß durchaus nicht selten (z. B. Staat-Gemeinden). Daraus folgt, daß sich eine feststehende verbindliche Aussage über das Vorliegen von Subordinations- und Koordinationsverhältnissen nicht treffen läßt, sondern daß jeweils der Einzelfall aus der Zusammenschau der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu untersuchen ist. Unverbindlich läßt sich aber die allgemeine Aussage treffen, daß die öffentlich-rechtlichen Rechtssätze des Sicherheitsrechts regelmäßig dem Subordinationsrecht angehören und daß auch bei der mittelbar öffentlichen Verwaltung, soweit sie eine Beziehung des Staates zum Staatsbürger betrifft und eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Sach- und Leistungsbeschaffung erfolgt ist, das Subordinationsrecht vorherrschen wird, daß aber bei der mittelbaren öffentlichen Verwaltung, soweit Rechtsbeziehungen der juristischen Personen des öffentlichen Rechts untereinander in Frage stehen, Koordinationsrecht in Betracht kommen wird²⁹⁴.

²⁹³ Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 191; Eyermann-Fröhler, Kommentar zum VGG., S. 93.

²⁹⁴ Z. B. Gemeinde-Fürsorgerechtsverband; hier liegt die »Domäne« des Koordinationsrechts im öffentlichen Recht.

III. Definition und Wesen des öffentlich rechtlichen Vertrages

Wie schon aus den Ausführungen auf S. 70 hervorging, besteht die Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages aus zwei Hauptelementen, einmal aus dem vertraglichen Element, zum zweiten aus der spezifischen Öffentlichkeitsrechtlichkeit der damit verbundenen Rechtsfolgen. Das vertragliche Element stellt sich wie im Privatrecht dar als die auf korrespondierenden Willenserklärungen beruhende, auf den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen abzielende oder die Gestaltung bestimmter Rechtsverhältnisse betreffende Einigung. Weiter muß aber nun der durch die Einigung hervor-gebrachte Vertragsgegenstand gerade dem öffentlichen Recht zuzurechnen sein.

Hinsichtlich der vertraglichen Komponente konnte sich, wie nachgewiesen, nach langem Streit eine einheitliche Ansicht bilden und heute könnte selbst der entschiedenste Anhänger der Subjektionstheorie die Möglichkeit gleichwertiger korrespondierender Willenserklärungen und damit die Existenzberechtigung des Vertrages im öffentlichen Recht nicht mehr leugnen. Auch die Abgrenzung des Vertrages zu VA.en mit Auflagen und Bedingungen und zu antragsbedürftigen VA.en (VA auf Unterwerfung, mit-wirkungsbedürftiger VA) ist, wie dargelegt, weitgehend geklärt.

Demgegenüber ist jedoch die zweite Komponente, die Bezogenheit des Vertrages zum öffentlichen Recht, nach wie vor der neuralgische Punkt in der Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Da es sich hierbei um den m.E.s wichtigsten Punkt der öffentlich-rechtlichen Vertragslehre überhaupt handelt, fällt diese Tatsache doppelt schwer ins Gewicht.

Damit ein Vertrag dem öffentlichen Recht angehört, ist erforderlich, daß eine öffentlich-rechtliche Berechtigung oder Verpflichtung²⁹⁵ begründet, verändert oder aufgehoben wird. Dabei bieten sich zur Beantwortung der Frage, welche vertraglichen Rechte und welche vertraglichen Pflichten öffentlich-rechtliche sind, grundsätzlich zwei Möglichkeiten an. Die erste Theorie hält sich strikt an den Vertrag und liest aus dem Verträge selbst sozusagen die Öffentlichkeitsrechtlichkeit einer Bestimmung heraus. Dies soll gleich näher erläutert werden: Ipsen, S. 70, 71 bringt zur Klärung der Rechtsnatur unentgeltlicher Subventionsdarlehen in diesem Zusammenhang folgende Ausführungen: »Hier wird evident, daß ... auch dieser Art der Subventionierung die Funktion innewohnt, den Subventionsempfänger zu einer Leistung anzuhalten, an deren Erbringung gerade das öffentliche Lenkungsinteresse besteht. ... Bezuschussung geschieht eben doch irgendwie stimulan- und nicht nur donandi causa. Daraus folgt, daß das derart entstehende Vertragsverhältnis als solches des öffentlichen Rechts anzusehen ist.« Und etwas weiter oben aaO, unter Bezugnahme auf subventionsrechtliche Bürgschafts- und Darlehensverträge: »Denn während hier geeignete Vertragstypen des Zivilrechts ... bereitstehen ... fehlt ein solches Instrument des Zivilrechts zur Gestaltung der Zuschußgewährung.« — Es kann nicht unbemerkt bleiben, daß sich hier zur Bestimmung der Rechtsqualität des Vertrages wieder die Interessentheorie eingeschlichen hat; aus dem Vorliegen eines öffentlichen Lenkungsinteresses wird auf die öffentlich-rechtliche Qualität des Vertrages geschlossen.

²⁹⁵ Diese Emanationen öffentlich rechtlicher Rechtssätze sind regelmäßig, aber nicht notwendigerweise subjektiv öffentliche Rechte und Pflichten.

Trotzdem entschließt man sich aber dann für einen privatrechtlichen Vertrag, wenn als Vertragsform einer der herkömmlichen Vertragstypen des Privatrechts Verwendung fand. Der im öffentlichen Interesse abgeschlossene, nicht privatrechtsgleiche Vertrag ist also der öffentlich-rechtliche Vertrag. Ein Vergleich mit Teil I der Darstellung zeigt, daß diese Theorie sich haargenau mit dem im französischen Verwaltungsrecht herrschenden Rechtszustand deckt²⁹⁶.

So hält denn auch neuerdings Imboden, S. 125 f. bei seinen Ausführungen über die Unterscheidung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag mit seiner Gedankenführung nicht zurück: »Ausschlaggebend erscheint der Gesichtspunkt der Unterscheidung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag mit seiner Privatrechtsseignung . . . ; hierzu mag der in der französischen Lehre für die Abgrenzung des *contrat administratif* vom *contrat de droit civil* verwendete Maßstab wertvolle Hinweise geben.« Und etwas ausführlicher auf S. 63: Bei der Unterscheidung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag sei davon auszugehen, daß das Privatrecht — im Unterschied zum öffentlichen Recht — ein institutionell durchgebildetes System rechtsgeschäftlicher Handlungsformen anzubieten vermag. »Führt die Anwendung dieser nuancierten privatrechtlichen Vertragstypen nicht zu inadäquaten Ergebnissen, so ist, wenn immer möglich, diesem durchgebildeten Rechtssystem der Vorzug geben. Ausschlaggebend muß somit der Gesichtspunkt sein, ob sich das Privatrecht zur Erfassung der in Frage stehenden Verhältnisse eignet (Maßstab der Privatrechts-Eignung). Nur wo diese Eignung zu verneinen ist, wird auf ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis zu schließen sein.«

Es war der Sinn der obigen Ausführungen über die *clause exorbitante* in Teil I, nachzuweisen, daß es einen allgemeinen »Rechtsindikator« im Vertrag selbst nicht gibt. Zwahlen hat in seiner Abhandlung 1958 die *clause exorbitante* als einen eklatanten Zirkelschluß bezeichnet²⁹⁷. Zumindest aber wird man sagen können, daß die *clause exorbitante* als solche keine verbindliche Bestimmungsgröße ist, sondern ihrerseits gleich wieder durch eine Unzahl von *clauses exorbitantes* zu definieren ist. Schließlich sei auch noch darauf hingewiesen, daß der *Conseil d'Etat* der *clause exorbitante* nun schon fast 100 Jahre seiner Rechtsprechung widmet und trotzdem kann heute weniger denn je jemand behaupten, daß damit Klarheit in diesen Begriff der *clause exorbitante* gebracht worden wäre²⁹⁸.

Aus den angeführten Zitaten Ipsens und Imbodens ist klar ersichtlich, daß zur Klärung der Rechtsnatur eines öffentlich-rechtlichen Vertrages im deutschen (bzw.

²⁹⁶ Die klassischen Ausführungen über diese »*Interessentheorie mit starkem Einschlag der Rechtsformentheorie*« des *commissaire de gouvernement* Romieu in S. 1903, 3, 28 f. sollen in diesem Zusammenhang nicht unzitiert bleiben: » . . . il peut se faire, que l'administration, tout en agissant non comme personne privée, mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique, et se place volontairement dans les conditions d'un particulier, — soit en passant un de ces contrats de droit commun, d'un type nettement déterminé par le Code Civil (location d'un immeuble, par exemple pour y installer les bureaux d'une administration), qui ne suppose pas lui-même l'application d'aucune règle spéciale au fonctionnement des services publics, — soit en effectuant une des ces opérations courantes, que les particuliers font journellement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun, et pour lesquelles l'administration est réputée entendre agir comme un simple particulier.«

deutschsprachigen) Verwaltungsrecht heute Kriterien entwickelt werden, die weitgehend dem französischen Rechtszustand entsprechen. Aus den angeführten theoretisch-domatischen Erwägungen ist aber eine solche »französische« Lösung für das deutsche Recht abzulehnen. So wertvoll der in einem rechtsordnungsneutralen Sinn verstandene Begriff des *service public* für das deutsche Verwaltungsrecht ist (unmittelbare öffentliche Verwaltung), so unnützlich ist die *clause exorbitante*²⁹⁹.

So bleibt nur die zweite Möglichkeit, nämlich die Bestimmung der Rechtsqualität des Vertrages aus der direkten Bezogenheit des Vertrages zur Rechtsordnung. Die vertragliche Gestaltung betrifft dann eine gerade öffentlich-rechtliche Berechtigung (Verpflichtung), wenn letztere Ausstrahlung (Emanation) eines öffentlich-rechtlichen Rechtssatzes ist. Obwohl es sich hier um eine Binsenweisheit handelt, so hat sich diese Erkenntnis doch — wie die Zitate Ipsens und Imbodens zeigen — noch nicht durchgesetzt; es ist eben auch im Einzelfall erheblich schwieriger, die öffentlich-rechtliche Rechtsqualität eines Rechtes (Berechtigung) festzustellen, als es zunächst den Anschein hat; aber diese Schwierigkeit darf man nun keinesfalls auf die Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages abwälzen.

Nur so wird sich auf die Dauer eine Vermengung der Subjektionstheorie mit der Interessentheorie vermeiden lassen und nur so lassen sich die Vertragstypen (Kauf, Darlehen, Miete) als das erfassen, was sie wirklich sind, nämlich als rechtsordnungsneutrale Formtypen³⁰⁰, die erst durch ihre Bezogenheit auf ein öffentliches Recht (Pflicht) ihre öffentlich-rechtliche »Färbung« erhalten.

Die Hauptschwierigkeiten dieser Definition treten dann auf, wenn die Behörde Verträge zur Ausfüllung von Globalermächtigungen oder »vagen Generalklauseln« abschließt; denn je klarer und eingehender ein Handlungsbereich öffentlich-rechtlich durchnormiert ist, desto sicherer lassen sich die diesbezüglichen Verträge als öffentlich-rechtliche qualifizieren, je vager und unvollständiger der Bereich normiert ist, desto weniger Rechtsnormen bieten sich zur öffentlich-rechtlichen »Färbung« der Vertragsnorm an. Tatsächlich liegt hier die größte Einbruchsstelle der »kombinierten Interessen- und Rechtsformentheorie«. Wie schon erwähnt, darf aber eine solch imperfekte Normierung eines Handlungsbereiches nicht auf die Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages abgewälzt werden. Außert die »vage Generalklausel« ein ge-

²⁹⁷ Zwahlen, S. 502 a: »D'un point de vue dogmatique, . . . la clause exorbitante paraît conduire à un cercle vicieux, en ceci qu'il pourrait bien reposer sur une confusion entre la cause et la conséquence du caractère administratif d'un contrat. Cette confusion paraît . . . évidente en ce qui concerne . . . la compétence de la juridiction administrative d'imposer dans certains cas sa volonté en cours d'exécution du contrat. Si l'on admet, d'une part, qu'un tel pouvoir est la conséquence du caractère administratif du contrat et, d'autre part, qu'un contrat ne peut être qualifié d'administratif que s'il contient une clause consacrant ce pouvoir, ne se trouve-t-on pas en plein cercle vicieux.«

²⁹⁸ Die Bezeichnung des im öffentlichen Interesse abgeschlossenen typisch bürgerlich-rechtlichen Vertrags als zivilrechtlichen Vertrag und die Bezeichnung des im öffentlichen Interesse abgeschlossenen atypisch bürgerlich-rechtlichen Vertrag als — darauf läuft die zitierte Praxis nämlich hinaus — öffentlich-rechtlichen, führt m. E. zu einer Auflösung der Definitionen Öffentliches Recht und öffentlich-rechtlicher Vertrag.

²⁹⁹ Zwahlen, S. 501 a: »Ce critère (d. i. die clause exorbitante) est d'un maniement aussi incertain et aussi malaisé . . .«

³⁰⁰ Stern, AöR. 54, S. 312, 313.

wisses Mindestmaß an extern rechtsverbindlicher Wirkung, so ist der insoweit zur Ausfüllung abgeschlossene Vertrag ein öffentlich-rechtlicher, hat die Globalermächtigung jedoch nur eine technisch-interne Bedeutung, so ist zwischen Behörden und Dritten nur ein privatrechtlicher Vertrag denkbar, da es an der Norm fehlt, die den Vertrag als öffentlich-rechtlichen qualifizieren könnte³⁰¹.

IV.) Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge.

Wesentlicher Zweck der obigen allgemeinen Ausführungen über das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung war der Nachweis, daß sich ein allgemein verbindlicher Ausspruch über die Zulässigkeit aller öffentlich-rechtlichen Verträge nicht treffen läßt; es muß vielmehr nach einigen Gesichtspunkten differenziert werden.

1) Koordinationsrechtliche Verträge.

Es handelt sich hier im wesentlichen um Verträge aus der mittelbaren öffentlichen Verwaltung. Dabei wird es sich regelmäßig um Verträge zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts handeln, selten um Verträge mit Privatpersonen. Denn die Beschaffung von Sachen und Leistungen von Privatpersonen wird sich oft auf dem Boden des Privatrechts bewegen; hat der betreffende Handlungsbereich jedoch eine öffentlich-rechtliche Normierung erfahren, so wird in den betreffenden Normen regelmäßig die Möglichkeit des Erlasses verbindlicher Anordnungen (VA.e) gegenüber diesen Privatpersonen enthalten sein, sodaß dann regelmäßig Subordinationsrecht vorliegen wird.

Für die koordinationsrechtlichen Verträge kann die weithin vertretene Formel übernommen werden: Koordinationsrechtliche Verträge sind insoweit zulässig, als der Gesetzgeber Verwaltungsorganen die Durchführung öffentlich-rechtlicher Aufgaben übertragen hat und der Vertrag zur näheren Gestaltung abgeschlossen wird, es sei denn, aus dem Zusammenhang der einschlägigen Gesetze ergäbe sich ein ausdrückliches Verbot eines solchen Vertragabschlusses³⁰².

2.) Subordinationsrechtliche Verträge.

a) — Auf dem Gebiete der Sicherheitsverwaltung

Bei der Sicherheitsverwaltung handelt es sich um einen Bereich abschließend durchnormierter öffentlich-rechtlicher Rechtssätze, was hauptsächlich historisch bedingt ist und auf die besondere Intensität der hier erlassenen behördlichen Anordnungen zurückzuführen ist.

³⁰¹ Dadurch erfahren auch die Vorgänge der Formenauswechslung ex definitione des öffentlichen Rechts eine (erfreuliche) Reduzierung.

³⁰² Vgl. hierzu Stern VerwArch. Bd. 49, S. 145: »Es ist ausreichend, wenn der Gesetzgeber einen Ermessensbereich für den Vollzug seiner legislatorischen Absichten einräumt, mithin einen Bereich eigenständiger Verfügungsmacht gewährt und es nicht ausschließt, den erstrebten Rechtserfolg durch Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zu erreichen, es sei denn, aus Sinn und Zweck des Rechtssatzes, namentlich in Zusammenschau mit den ihm zugehörigen anderen Normen des gleichen Gesetzes, ließe sich ein zwingender Schluß gegen eine vom Gesetz nicht gewollte Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages entnehmen.«

Eine Erweiterung oder Beschränkung der Rechte oder Pflichten auf dem Gebiete der Sicherheitsverwaltung durch Vertrag ist daher nicht möglich und zwar weder eine Erweiterung durch privatrechtlichen, noch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag³⁰³. Aber auch die normengemäße Ausgestaltung öffentlich-rechtlicher Rechtssätze durch Vertrag statt durch VA bleibt der Behörde auf dem Gebiete dieses »klassischen« Hoheitsrechts verwehrt, denn bei der Sicherheitsverwaltung bietet sich als typische und einzig mögliche Regelungsform³⁰⁴ von Sachverhalten der VA an, ein Ergebnis, das übrigens auch mit dem französischen Rechtszustand (*services publics administratifs*) weitgehend übereinstimmt.

Die Möglichkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages auf dem Gebiete der Sicherheitsverwaltung besteht nach alledem somit nur beim Vorliegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung.

b) — Auf dem Gebiete der Leistungsverwaltung.

Auf Grund der unvollständigen gesetzlichen Normierung, die die Vergabe von verwaltungsmäßigen Leistungen bisher (leider) erfahren hat, erweist es sich hier als erforderlich, streng zu unterscheiden zwischen der außerhalb eines gesetzlich normierten Tatbestandes erfolgenden vertraglichen Begründung einer Leistungspflicht und der vertraglichen Gewährung einer in einer öffentlich-rechtlichen Norm festgelegten Leistung. Im ersten Fall handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag und die Frage der Zulässigkeit hängt hauptsächlich davon ab, inwieweit die Behörde bei Nichtvorliegen eines öffentlich-rechtlichen Gesetzes oder über den Rahmen einer vorliegenden öffentlich-rechtlichen Norm hinaus zur vertraglichen Leistungsgewährung berechtigt ist. Nur im zweiten Fall gestaltet die Behörde eine öffentlich-rechtliche Pflicht (Recht). Auch hier ist jedoch die inhaltliche Ausgestaltung (Erweiterung, Aufhebung, ect.) einer öffentlich-rechtlichen Leistungspflicht gedanklich zu trennen von der Regelungsform, in der sie erfolgt.

Die Frage nach dem Ausmaß der inhaltlichen Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Berechtigung (Verpflichtung) wird sich — ebenso wie gerade die Frage der Begründung von Leistungspflichten *außerhalb* einer öffentlich-rechtlichen Ordnung — nur aus dem Dispositivitätsgehalt der entsprechenden Norm beantworten lassen.

Dagegen läßt sich hinsichtlich der Regelungsform, in der die öffentlich-rechtliche Leistung gewährt wird, eine allgemeinverbindliche Aussage treffen. Grundsätzlich wird man auch bei der Leistungsverwaltung den VA als die typische und daher vom Gesetz alleine gewollte und zulässige Regelungsform anzusehen haben. Enthält je-

³⁰³ So schon für das frühere Recht Friedrichs in Anlehnung an die Rechtsprechung des PrOVG. Vgl. Komm. zum PolGes., Anm. 32 zu § 1 und Kommentar zum PolVerwGes., S. 81: »Für die Polizeiangelegenheiten steht fest, daß die Befugnisse der Behörden nicht durch Rechtsgeschäft vermehrt oder vermindert werden können.« Und: »Auch können durch Vereinbarung zwischen Polizeibehörden und Bauunternehmern keine neuen baupolizeilichen Normen öffentlich-rechtlicher Natur . . . in Kraft gesetzt werden.« (Vgl. auch Friedrichs in PrVbl. 27, 227 und Brandt in PrVbl. 27, 887; ferner PrOVG. 24, 369; PrOVG. in PrVbl. 28, 41.)

Und Friedrichs in JW. 1925, S. 2487: »Wir werden also als allgemeinen Grundsatz anerkennen können, daß obrigkeitliche Gewalt nicht durch Vertrag erweitert werden kann.

³⁰⁴ Stern, S. 140.

doch eine gesetzliche Ermächtigung auf der Tatbestandsseite gewisse, einen Subsumptionsspielraum beinhaltende unbestimmte Rechtsbegriffe, auf der Rechtsfolgeseite einen Erniessenssatz, so kann dann die zum Vollzug eines solchen Rechtssatzes ergehende hoheitliche Anordnung nicht mehr als die alleine zulässige Regelungsform angesehen werden. Hier bietet sich, auch ohne ausdrückliche Grundlage, der öffentlich-rechtliche Vertrag auf dem Gebiete der Leistungsverwaltung als zulässige Regelungsform an; das gleiche gilt natürlich erst recht, wenn die gesetzliche Ermächtigung in einer bloßen Globalermächtigung besteht, soweit hier nur eine öffentlich-rechtliche Pflicht schon geschaffen wurde.

c) — Bei der mittelbaren öffentlichen Verwaltung.

Im Gegensatz zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung handelt es sich hier bei dem Gebiete der Leistungs- und Sachbeschaffung der Verwaltung um keinen einheitlichen Sachbereich. Eine allgemeinverbindliche Aussage über die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge läßt sich hier nicht geben. Die Frage nach der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags kann vielmehr immer nur hinsichtlich des gerade zu untersuchenden Sachbereichs beantwortet werden.

Eine erste große Unterscheidung wird sich dabei empfehlen zwischen Sachbereichen, die eine öffentlich-rechtliche Normierung gefunden haben und solchen, die diese nicht erfahren haben. Im letzteren Fall besteht für die Verwaltung nur die Möglichkeit des Abschlusses privatrechtlicher Verträge. Einen öffentlich-rechtlichen Vertrag kraft Beteiligung des Vertragspartners an der Ausführung der öffentlichen Aufgaben gibt es im deutschen Recht, ganz im Gegensatz zum französischen Recht nicht. Erschien dem Gesetzgeber indessen der Vorgang der Leistungs- und Sachbeschaffung so bedeutend, daß er ihn einer ausdrücklichen gesetzlichen (öffentlich-rechtlichen) Normierung unterzogen hat, dann hat hier eine differenzierende Betrachtungsweise Platz zu greifen.

aa) Die persönliche Leistungsbeschaffung.

1. Völlige Eingliederung in eine Verwaltungsorganisation. Bei dem hier vor allem in Frage kommenden Bereich des Beamtenrechts handelt es sich um Subordinationsrecht und so wurde denn auch z. B. die Verbeamtung als mitwirkungsbedürftiger VA gekennzeichnet. Daher werden sich die meisten behördlichen Akte, so sie nicht rein innerdienstlichen Charakter haben, als VA.e darstellen, selbst wenn sie auf Anregung oder unter sonstiger Mitwirkung des Betroffenen ergehen. Darüber hinaus sind Verträge aber zulässig zwischen Dienstherrn und Beamten, wenn sie dem Beamtenrechtsverhältnis nicht widersprechen und durch positivrechtliche Bestimmungen nicht verboten sind³⁰⁵; zu letzteren gehören dabei auch das Gleichheitsgebot und andere verfassungsmäßige Schranken.

³⁰⁵ Vgl. BGH. in NJW. 1957, S. 539 und BGH. in VerwRspr. 8, 171; Fischbach, Komm. z. Bundesbeamtengesetz, Anm. III zu § 10 und zu § 183; Heyland, Deutsches Beamtenrecht, S. 358; Fees, Bayerisches Beamtengesetz, Anm. zu § 166.

2. Teilweise Eingliederung in eine Verwaltungsorganisation.

Hierher rechnen die mannigfaltigen Fälle von Indienstnahme (Inverwaltungsnahme) Privater zu öffentlichen Zwecken. Auch viele Fälle indirekter staatlicher Wirtschaftslenkung gehören hierher, z. B. auch Subventionen, wenn der Subventionszweck nicht beim Subventionsadressaten selbst liegt, sondern dieser erst einen im Interesse der Öffentlichkeit liegenden Erfolg herbeiführen soll³⁰⁶. Vogel hat erst kürzlich nachgewiesen, daß die Indienstnahme regelmäßig schon durch Gesetz erfolgt³⁰⁷. In solchen Fällen wird dann eine behördliche Äußerung dem Indienstgenommenen dessen Inverwaltungsnahme nur noch mitteilen (kundgebender, d. h. ein auf eine schon durch Gesetz eingetretene Rechtsfolge hinweisender, VA). Für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag wird hier regelmäßig kein Raum mehr bleiben. Umreißt aber das Gesetz nur gewisse Tatbestände und überläßt eine Indienstnahme in Einzelfällen der Verwaltung, so steht m. E. s. in solchen Fällen der Zulässigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages kein Hindernis entgegen, selbst wenn die Anordnungsbefugnis in einseitig verbindlicher Form ergehen kann und selbst wenn die Behörde die Befugnis zur Übertragung von Zwangsbefugnissen (Hoheitsrechten) hat; der VA kann nicht als typische Regelungsform solcher Sachverhalte bezeichnet werden³⁰⁸.

bb) Die Beschaffung von Sachen.

Hier liegt mangels öffentlich-rechtlicher Normierung seit ehedem das Hauptfeld privatvertraglicher Betätigung der Verwaltung, eine Tatsache, die mit den wesentlichsten Unterschied zum französischen Recht bildet, wo gerade hier der Schwerpunkt des *contrat administratif* liegt. Hat aber im deutschen Recht die Sachbeschaffung eine öffentlich-rechtliche Regelung erfahren, so wird es sich regelmäßig um zwangsweise durchsetzbare Eingriffe des Staates in das Eigentum Privater handeln. Diese Fälle sind dann der Eingriffsverwaltung stark angenähert³⁰⁹, sodaß nichts entgegensteht, die dort entwickelten Rechtsgedanken auf diese Sachverhalte anzuwenden. Hat also die Beschaffung von Sachen eine öffentlich-rechtliche Regelung erfahren, so erfolgt die Erfassung des Gegenstandes regelmäßig durch hoheitliche Anordnung, durch

³⁰⁶ Daß streng genommen jede Subvention den Subventionsempfänger zu einer im öffentlichen Interesse liegenden Leistung anhält (so Ipsen, S. 70), wird nicht verkannt; trotzdem erscheint es aber zweckmäßig, zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen der Subventionsempfänger selbst durch eine eigene wirtschaftliche oder sonstige Verbesserung das allgemeine Sozialgefüge stärkt, oder ob der Empfänger seinerseits gerade öffentliche Leistungen erbringen soll; (im Verhältnis Staat — Subventionsempfänger liegt dann mittelbare öffentliche Verwaltung vor, im Verhältnis Subventionsempfänger — Leistungsadressaten liegt Leistungsverwaltung vor).

³⁰⁷ Vgl. hierzu die Buchbesprechung von Lerche in DVBl. 1959, S. 789.

³⁰⁸ Aus dieser Sicht bietet sich auch eine befriedigende Lösung zu dem terminologischen Streit, der um die Begriffe Konzession und Beliehener Unternehmer seit jeher herrschte. Eine Konzession kommt nur in Betracht, wenn ein Hoheitsträger ein nur ihm zustehendes Recht auf eine Privatperson überträgt, nicht aber, wenn ein bloßes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in Frage steht. Eine beliehene Unternehmung liegt vor, wenn der Staat einer Privatperson Hoheitsrechte überträgt, was nur auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage geschehen kann; vgl. hierzu den interessanten Fall in BGH. 22, 251 (Fleischbeschauer); ferner eingehend Vogel, S. 46 ff. (53 f.).

³⁰⁹ Friedrichs hatte z. B. vor 35 Jahren keine Bedenken, die Wohnraumbewirtschaftung in ein »Polizeirecht im weiteren Sinn« einzureihen, vgl. JW. 1925, S. 2487.

Vertrag nur, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage hierfür vorliegt (z. B. beim Expropriationsvertrag)³¹⁰. Dieses Ergebnis findet seine Bestätigung beim wichtigsten Gebiet der öffentlich-rechtlichen Sachbeschaffung, nämlich im Steuerrecht, denn auf dem Gebiete des Steuerrechts sind nach allgemeiner Auffassung öffentlich-rechtliche Verträge nur möglich, wenn sie vom Gesetz zugelassen sind³¹¹.

Es sind schließlich noch kombinierte Fälle von Indienstnahme und Sachbeschaffung denkbar, wie z. B. bei den sog. Freikaufvereinbarungen, die zwischen Wohnraumbewirtschaftungsbehörden und Inhabern bewirtschafteten Wohnraums zum Zwecke der Freistellung von der Wohnraumbewirtschaftung geschlossen werden. Wie allgemein im Verwaltungsrecht, sind an eine solche Vereinbarung die gesetzmäßigen Anforderungen des Teilbereichs zu stellen, der den strengeren rechtsstaatlichen Grundsätzen unterliegt³¹². Eine solche Vereinbarung ist also nach dem oben über die Sachbeschaffung Ausgeführten unwirksam, da sie sich nicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage stützen kann³¹³.

³¹⁰ Weiter ist hierher zu rechnen ein Übereinkommen der Gemeinden mit Beteiligten über Grundabtretung bei der Straßenherstellung gemäß § 62/I Bayer. BauO., Englert-Mang, Komm. zur Bayer. BauO., Anm. 4 zu § 62 und Mang in BayerVerwBl. 1957, S. 396; aA. Bayer. ObIG. in Bayer. VerwBl. a. a. O.

³¹¹ Vgl. z. B. OVG. Münster in DOV. 1957, S. 865 und in BB. 1954, S. 526 und BFH. in NJW. 1957, S. 158 f.

³¹² Auch bei einem zugleich begünstigenden und belastenden VA. müssen z. B. die für den belastenden VA. geltenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sein.

³¹³ Von dieser Seite her läßt sich dann auch das Urteil des BVerwG. in NJW. 1957, S. 555 ff. halten, das mit seinen grundsätzlichen Erörterungen über die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen (»jeder öffentlich-rechtliche Vertrag bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage«) meines Erachtens erheblich über das Ziel hinausgeschossen ist.

TEIL IV

Rechtsvergleichende Schlußbemerkung

Die rechtsvergleichende Würdigung muß, der schon auf S. 10 erhobenen Forderung entsprechend, als Ausgangspunkt eine materielle Betrachtungsweise wählen, von der aus allein dann die jeweiligen Verwaltungsrechtsformen im deutschen und französischen Recht richtig gewürdigt werden können. Dabei sind vor allem drei Merkmale festzuhalten, die dem französischen wie dem deutschen Verwaltungsrecht gemeinsam sind:

1. Im deutschen wie im französischen Recht ist die Verwaltungstätigkeit jedenfalls seit dem 19. Jahrhundert ausschließlich auf die Verwirklichung des Gemeinwohls gerichtet (*en vue des besoins collectifs*), sei es, daß der Staat in unmittelbarer Ausübung öffentlicher Verwaltung dem Bürger etwas nimmt oder gibt, sei es, daß er sich (primär) Leistungen und Sachen beschafft zur (sekundären) Ausübung seiner Verwaltungstätigkeit. Der tatsächliche Umfang dieser Verwaltungshandlungen hat in beiden Ländern mit dem 19. Jahrhundert erheblich zugenommen, ursprünglich versuchte die liberale Staatsauffassung den Staat in Deutschland wie in Frankreich auf eine ordnungsbewahrende Funktion zu beschränken¹ 2.

Später entdeckte man die Sozialordnungsfunktion³, was zu einer Wandlung des Staatsbegriffes und zu einer Zunahme und Änderung der Verwaltungsfunktionen geführt hat, ein verwaltungsrechtlicher und — soziologischer Umwandlungsprozeß, der sich noch in vollem Gange befindet⁴.

2. Im deutschen wie im französischen Recht hat man im 19. Jahrhundert die Staatsmacht im Sinne Hegels, Stahls, Laferrières als ausgesprochen vorgegeben aufgefaßt. Dabei sah man die Hoheitsgewalt jedoch nicht mehr wie im Absolutismus bei einem Souverän konzentriert, sondern dem Bild des liberalen Rechtsstaates entsprach, den Lehren Lockes und Montesquieus folgend, eine Aufteilung im wesentlichen in gesetz-

¹ Ganz ist dieser Versuch nie geglückt, wie Bachof, VVDStRL. 12, S. 38 zutreffend hervorhebt: »Wesen und Eigenart des bürgerlichen Rechtsstaats bestand nicht darin, daß er „Rechtswahrstaats“ war, sondern daß er nur oder jedenfalls hauptsächlich Rechtswahrstaats sein wollte.«

² »Bürgerlicher« Rechtsstaat; »gardien de la légalité«, de Laubadère, D. A. S. 26; »gardien de l'ordre public«, Tribunal des Conflits, S. 1924, S. 37 Abt. 3 mit Ausführungen von Matter.

³ Vgl. Duguit, Transformations du droit public (1913), Erich Kaufmann, Art. Verwaltung und Verwaltungsrecht in Stengl-Fleischmanns WbdStVR. (1914), Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938).

⁴ Typisch z. B. die tastenden Versuche, ein »Verwaltungsprivatrecht« zu schaffen (Wolff, S. 84) oder, die Grundrechte auf den »Fiskal«bereich der Verwaltung zu erstrecken (vgl. Maunz-Dürig, A. 134 ff. zu Art. 1/III GG.), für das französische Recht bezeichnend die wegweisende Entscheidung des CE. in D. 1957, S. 278 ff. (vgl. hierzu oben, S. 22 ff.).

gebende, vollziehende (und rechtssprechende) Gewalt. Diese Teilung der Gewalten hat ursprünglich aber keineswegs eine Beschränkung der Exekutivgewalt auf bloße gesetzessvollziehende Akte mit sich gebracht, ganz im Gegenteil, die Eigenständigkeit jener »absolutistisch-administrativen« Verwaltung verkörperte typisch verwaltungsstaatliche Züge⁵. In erheblich stärkerem Maße als in Frankreich ist uns nun in Deutschland allmählich dieses Verständnis für die Verwaltungsbehörden als »Imperiums«träger, als eigenständige Hoheitsträger, abhanden gekommen. Dafür war maßgebend die Konzeption der Eingriffsverwaltung, die aus der Vielfalt der Verwaltungshandlungen allzu einseitig diejenigen Akte heraushob, die zu ihrer Gültigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedurften⁶, die Beschäftigung des Gesetzgebers in Krisenzeiten mit Detailfragen und die Forderung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für generelle (Art 80 GG) und individuelle (vgl. BVerfG 8, S. 325) belastende Akte der Exekutive ganz allgemein.

Hier dürfte es sich nun aber als sehr förderlich erweisen, diese vorgegebene Exekutivmacht wieder mehr in den Mittelpunkt der Untersuchungen zu stellen und als Ausgangsbasis für die Untersuchungen zum Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu verwenden. Für die Verwaltungsrechtslehre des liberalen Rechtsstaats galt ein »negatives« Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Alle Verwaltungshandlungen, die nicht in Freiheit und Eigentum des Staatsbürgers eingriffen, lagen im »freien« Ermessen der Verwaltungsbehörden. Folge dieses Postulats war, daß sich die damalige Lehre in einer — wie wir rückblickend feststellen — formalistisch-einseitigen Weise mit jenen Eingriffsakten befaßt hat, was ja damals schon das schnelle Ende aller Tendenzen zur Errichtung einer Verwaltungslehre bedeutet hatte⁷. Heute nun könnte man umgekehrt von einem »positiven« Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sprechen, das sich in einigen, der Intensität der betreffenden Verwaltungshandlungen gegenüber Bürger und Gesellschaft entsprechenden Abstufungen durch den ganzen Handlungsbereich der öffentlichen Verwaltung zieht und deren wichtigster — aber keineswegs einziger — Bestandteil der Vorbehalt und der Vorrang vom Gesetze sind.

»Die gesamte öffentliche Verwaltung ist rechtsgebunden«, lautete die erste These Beckers auf der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 1955 in Hamburg. Daher erweist es sich nun auch erforderlich, »die gesamte öffentliche Verwaltung« in das verwaltungsrechtliche Lehrsystem mit einzubeziehen. Die Verwaltungsrechtslehre

⁵ Diesen in Norddeutschland bis etwa 1914 andauernden Zustand hat treffend Scheuner, VVDStRL. 14, S. 182 charakterisiert: »Was die preußische Verwaltung tat, wurde nicht im Preußischen Landtag bestimmt, sondern an der exekutiven Spitze des preußischen Beamtenstaates.«

⁶ Diese formal-rechtsstaatliche Betrachtung führte dabei in ihrem Streben um einen möglichst perfekten Gesetzesvorbehalts dazu, daß der ursprüngliche Schwerpunkt, nämlich das Gewaltenteilungsprinzip immer mehr aus den Augen verloren ging und das »Gesetzmäßigkeitspostulat . . . schließlich den Charakter eines auf sich selbst gestellten Prinzips gewann«. (Imboden, Gesetz, S. 8).

⁷ Dagegen hatte sich früh und entschieden Erich Kaufmann, VerwArch. 30, S. 398 gewandt: »So sehr . . . eine allgemeine Lehre von den Rechtsformen der öffentlichen Verwaltung nützlich und notwendig ist, so wenig kann andererseits eine juristische Lehre von den einzelnen Verwaltungszweigen entbehrt werden. Nur im Zusammenhang einer Schilderung des juristischen Aufbaues der einzelnen Verwaltungszweige kann gezeigt werden, wie sich in ihnen die verschiedenen allgemeinen Rechtsformen, . . . zu einer Einheit zusammenfügen.«

wird dabei zweifellos an Umfang zunehmen und eine Ergänzung durch eine Verwaltungslehre wird sich auf die Dauer wohl nicht umgehen lassen und wäre auch **sehr wünschenswert**. Bei alledem wird es sich aber empfehlen, die Verwaltung wieder mehr als jenen Träger von Exekutivgewalt zu begreifen, als die sie schon im 19. Jahrhundert galt. Nur mit dem Gefühl für jene »Imperiums«-gewalt wird es dann auch gelingen, die gesetzmäßigen Beschränkungen in der richtigen Weise an eine solche Gewalt anzulegen. Nur in der strikt gesetzessvollziehenden Verwaltung ist die Exekutivmacht identisch mit der Gesamtheit der für die Konkretisierung von Rechten und Pflichten bestimmten ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigungen. Je unabhängiger aber die Verwaltung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben von einem ausdrücklichen Gesetz ist, desto mehr gewinnt sie an eigenständiger Hoheitsmacht. Bei der Vielzahl von Funktionen, die die Verwaltung heute — teilweise nur auf den Sozialauftrag gestützt — wahrnimmt, ist es geradezu unumgänglich, der Verwaltung wieder das Attribut eigenständiger Hoheitsmacht einzuräumen. Nur wenn man den Staat generell und die weiteren juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihnen zugewiesenen Aufgaben wieder (primär) mehr als Exekutivgewalt begreift, erscheint eine (sekundäre) Beschränkung einer solchen Hoheitsmacht durch rechts- und sozialstaatliche Prinzipien durchführbar.

M. E. s ist dem Rechtsstaat ganz allgemein, also losgelöst von der positivrechtlichen Ausprägung in den einzelnen Staaten, z. B. auch in England⁸, eine Exekutivgewalt inhärent, die nicht ihren prinzipiellen Inhalt, wohl aber ihre Beschränkung durch den Gesetzgeber erfährt.

3. Im deutschen wie im französischen Recht bedient sich die Verwaltung zur Ausführung ihrer Verwaltungsaufgaben einer Vielzahl von Mittel, rechtsverbindlicher und nichtrechtsverbindlicher. Von den rechtserheblichen ist bei der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung das typische Regelungsmittel der hoheitliche Befehl, also ein Ausspruch, der aus sich selbst heraus eine verbindliche Wirkung beansprucht, bei der mittelbaren öffentlichen Verwaltung (Leistungs- und Sachbeschaffung) der Vertrag. Dabei handelt es sich bei beiden Regelungsformen phänomenologisch betrachtet um rechtsordnungsneutrale Begriffe (Befehl, Abmachung). Während aber die Vertragsform (im französischen und noch mehr im deutschen Recht) den Schwerpunkt ihrer Verwendung im Zivilrecht findet, trifft man für den hoheitlichen Befehl im Zivilrecht nur spärliche Äquivalente an (elterliche Gewalt⁹).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß sowohl in Frankreich, als auch in Deutschland, der Sache, der Materie nach sowohl in Vergangenheit als in Gegenwart eine weitgehend identische Grundsituation gegeben war. Diese umfassende Gleichartigkeit der wirtschaftlichen, soziologischen und anderen Verhältnisse erfuhr eine Ausdehnung auch auf den verwaltungsrechtlichen Bereich durch den leider nur allzu gelungenen Versuch Otto Mayers, bei uns das System des französischen Verwal-

⁸ Für England hat sich kürzlich eingehend Rivero mit dem Nachweis hoheitlicher Exekutivgewalt der Verwaltungsbehörden befaßt (*Cours de droit administratif comparé*).

⁹ Vgl. Molitor, Über öffentliches Recht und privates Recht, S. 32.

tungsrechts des zweiten Drittels des vorigen Jahrhunderts einzupflanzen¹⁰. So haben denn auch in einer Zeit, in der nicht nur das tatsächliche Verwaltungsleben, sondern auch die Verwaltungsrechtssysteme einander entsprachen, diese Grundlagen zu weitgehend gleichliegenden Verhältnissen geführt. Das damalige, noch ausgesprochen unkomplizierte System ging von einem Dualismus der Rechtsformen aus. Die einseitige Anordnung, der Befehl, für den man im Zivilrecht keine Parallele fand oder jedenfalls doch nicht zu finden bereit war, wurde als *das* Ausdrucksmittel hoheitlicher Staatsgewalt betrachtet und so war der hoheitliche Akt, der *acte de puissance publique*, der *acte d'autorité*, das bestimmende Kriterium für den Begriff des öffentlichen Rechts. Daß die Ausübung solcher hoheitlicher Befehle auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung zu beruhen hatte, war ein rechtsstaaliches Postulat, das immer mehr an Bedeutung gewann, das aber mit dem Bereich des öffentlichen Rechts ursprünglich nichts zu tun hatte und außerhalb dieses Konzepts lag. Ausdruck für jene Hoheitsgewalt — und daher für den öffentlichen Rechtskreis — war ursprünglich der VA, genauer gesagt jener Bereich, in dem die Verwaltung durch den Erlaß von Hoheitsakten tätig wurde. An die Seite dieser hoheitlichen Akte stellte die damalige Lehre nur noch die Handlungsformen des Zivilrechts, die *actes de gestion*. Neben dem öffentlich-rechtlichen Über- Unterordnungsverhältnis erkannte man nur noch ein privatrechtliches Gleichordnungsverhältnis an.

So gab es in einem solchen System denn hinsichtlich des öffentlich-rechtlichen Vertrags keinerlei Schwierigkeiten. Das System der *puissance publique* und der *actes de gestion privée* kannte dem materiellen Inhalt nach keinen öffentlich-rechtlichen Vertrag.

Es liegt auf der Hand, und hat sich durch die nachfolgende Entwicklung in immer stärkerem Maße herausgestellt, daß das Verwaltungsrecht, das sich ja auch ständig fortentwickelte und verfeinerte, auf die Dauer mit einer solch einseitigen subordinationsrechtlichen Betrachtungsweise nicht auskommen konnte. Bei einer Reihe von Fällen ließ sich zwar, wie die Lehre des VA.s auf Unterwerfung und die des zweiseitigen VA.s gezeigt haben, mit »dogmatischen Kunstgriffen« Abhilfe schaffen. Aber es gab in ständig zunehmendem Maße Fälle, in denen sich die Vertragsnatur eines öffentlich-rechtlichen Aktes auch nicht mit solchen Konstruktionen hinwegleugnen ließ.

Hier zeigt sich nun in der Auffassung vom Begriff des öffentlichen Rechts ein entscheidender Anhaltspunkt, der für die auseinandergehende Entwicklung des auf einer gemeinsamen Basis aufbauenden deutschen und des französischen Verwaltungsrechts verantwortlich war: In einer Zeit, in der Otto Mayer gerade seine »Theorie des französischen Verwaltungsrechts« verfaßte, zeichnete sich in Frankreich bereits ein Bruch mit der Subjektionstheorie ab, der allerdings der damals im herkömmlichen Obrigkeitsdenken befangenen Lehre nicht sofort aufgefallen ist. Im richtungsweisenden *arrêt Blanco* legte das Tribunal des Conflits den Grundstein für die neue Lehre und stellte nicht mehr so sehr auf die Subordination ab, durch die es

¹⁰ Allgemein hierzu Otto Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* (1886), S. 153 ff. S. 379.

in dem zu entscheidenden Fall (staatliche Tabakwarenherstellung) schwerlich zu einer Bejahung des öffentlichen Rechts gekommen wäre, sondern wählte als Anhaltspunkt das öffentliche Interesse, den *service public*.

Im Anschluß an dieses *arrêt Blanco* stellten die Anhänger der damals durchaus herrschenden *école du service public*, stellten insbesondere Duguit, Jèze und Bonnard, an die Stelle des Satzes: »Öffentliches Recht = Hoheitsrecht« die neue These: »Öffentliches Recht = die Gesamtheit der im Interesse der Öffentlichkeit wahrgenommenen Aufgaben.« Die Subjektionstheorie war der Interessentheorie gewichen. Die Wirkung dieses Umbruchs für die beiden wichtigsten Verwaltungsbefugnisse, dem Befehl und dem Vertrag war eine durchaus günstige. Bei der Lehre vom *acte administratif* hat die Interessentheorie zu keinen Einbußen geführt. Genau genommen ist es auch hinsichtlich des hoheitlichen Befehls ziemlich gleichgültig, ob man von einer Subjektions- oder von einer Interessentheorie ausgeht. Hier hätte sich eine Quelle der Verwirrung und der uferlosen Ausweitung des Begriffs VA ergeben, wenn man an die Stelle des im öffentlichen Interesse ergehenden Befehls ganz allgemein die im öffentlichen Interesse erfolgende Verwaltungsmaßnahme gesetzt hätte. Einen solchen Schluß hat aber niemand gezogen; die Subjektionstheorie hatte hier eine — durchaus positiv zu würdigende — Grundlage geschaffen. Für eine Lehre, die den Charakter des VA.s nur einseitige Verbindlichkeit beanspruchenden Befehlen beimißt, ist die Verwendung einer Subjektions- oder einer Interessentheorie ziemlich gleichbleibend, weil bei einer genauen Betrachtung für das Vorliegen eines VA.s jener »Befehls«-charakter des Aktes maßgebend ist, der im Zivilrecht in entsprechender Form fehlt und der daher durchaus als »Indikator« einer öffentlich-rechtlichen Maßnahme geeignet ist. Hier zeigt sich übrigens die Kluft zwischen Hoheitsakten von Verwaltungsbehörden, die diese im Rahmen von gesetzlichen Hoheitsbefugnissen abgeben (gesetz- und rechtmäßige VA.e) und solchen Befehlsakten, die Hoheitsträger außerhalb ihrer gesetzlichen Ermächtigung, aber mit dem Ausspruch auf einseitige Verbindlichkeit (rechtswidrige VA.e) erlassen, eine Kluft, die von der Lehre zugunsten der letzteren, also der extensiven Alternative überbrückt wurde.

Für den öffentlich-rechtlichen Vertrag bot sich demgegenüber durch die Vorarbeit des *arrêt Blanco* und der *école du service public* die denkbar günstigste Ausgangsposition. Die Interessentheorie ist ja geradezu prädestiniert für eine Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, was darauf zurückzuführen ist, daß der Vertrag im Gegensatz zum Befehlsakt sein Pendant, ja sein Schwergewicht im Zivilrecht hat und daher im Gegensatz zum VA die bloße Äußerungsform als solche noch nicht zur öffentlich-rechtlichen Qualifizierung dieses Rechtsgeschäftes ausreicht. Die *école du service public* war der Grundstein, auf dem der Conseil d'Etat in jahrzehntelanger prätorischer Rechtssprechung das gewaltige System der *contrats administratifs* errichtet hat, die ihresgleichen nicht in einem anderen Verwaltungsrechtssystem finden und ein Prunkstück des französischen Verwaltungsrechts darstellen, deren Regeln sich allerdings gerade deswegen nicht so ohne weiteres auf andere Länder übertragen lassen. Das liegt nicht zuletzt daran, daß der Hauptbereich der *contrats administratifs* im Bereich der mittelbaren öffentlichen Verwaltung liegen mußte,

denn in der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung befindet sich der Schwerpunkt der hoheitlichen Handlungen und die organisatorischen Gesamttakte hat die französische Lehre nie dem deutschen System entsprechend unter den Begriff der öffentlich-rechtlichen Verträge gebracht.

Bei der Entwicklung der *contrats administratifs* war aufschlußreich und auch für unsere Verhältnisse interessant, daß sich eine reine Interessentheorie nicht durchsetzen konnte. Im *arrêt Terrier* hatte der damalige *commissaire de gouvernement*, Romieu, die Interessentheorie in seinen klassischen Ausführungen durch Erwägungen der »Rechtsformentheorie« eingeschränkt: Öffentlichrechtlich ist der im Interesse der Öffentlichkeit abgeschlossene Vertrag der Verwaltungsbehörden (Interessentheorie), soweit er nicht einem jener typischen Verträge des Zivilrechts (Kauf, Tausch, Darlehen) gleicht (Einschränkung durch die Rechtsformentheorie). Diese Einschränkung beweist, daß eben auch in Frankreich die jahrtausendealten Formen des Zivilrechts dem jungen, sich rasch fortentwickelnden Verwaltungsrecht so überlegen waren, daß man von der Rechtsform eines Rechtsgeschäfts auf die Rechtsnatur desselben schloß; einen öffentlich-rechtlichen Kauf konnte man sich nicht vorstellen. Trotzdem aber hat diese Einschränkung die Entwicklung der *contrats administratifs* keineswegs ernstlich gehindert. Der *contrat administratif* ist heute, an Bedeutung nahezu gleichberechtigt neben dem *acte administratif* stehend, eine fundamentale Regelungsform des französischen Verwaltungsrechts, die mit ihren vielverzweigten und höchst detaillierten Vertragsnormen hauptsächlich zur Regelung der Leistungs- und Sachbeschaffungsvorgänge der Verwaltungsbehörden dient.

In Deutschland hatte unterdessen zu einer Zeit, in der in Frankreich die *école du service public* allgemeine Verbreitung fand, die Subjektionstheorie so gründlich Fuß gefaßt, daß dem öffentlich-rechtlichen Vertrag eine Existenzberechtigung ein für allemal versagt schien. So erscheint es verständlich, wenn Apelt, von den Erfordernissen der Praxis überzeugt und sich gegen das im Anschluß an O. Mayer allgemein verbreitete strengexklusive Subordinationsdenken auflehnd, eine Heimstätte des öffentlich-rechtlichen Vertrages nur durch eine Änderung der Definition des öffentlichen Rechts schaffen zu können vermeinte. Apelt schlug, aus der Sicht seiner verwaltungsrechtlichen Verträge heraus 1920 eine Definition des öffentlichen Rechts vor, die voll der Interessentheorie entsprach. Dies ist m. E. auch der Grund, warum die vielzitierte und bekannte Monographie Apelts damals doch nicht in die deutsche Verwaltungsrechtslehre Eingang gefunden hat. Die deutsche Verwaltungsrechtslehre war schon damals nicht bereit — und auch wegen der damals schon vielfach in privatrechtlichen Formen ausgeübten unmittelbaren öffentlichen Verwaltung wohl auch garnicht mehr in der Lage — das öffentliche Recht mit der Interessentheorie zu bestimmen. Vielleicht wäre die Entwicklung anders verlaufen, wenn Apelt schon die von Romieu 1903 aufgestellten rechtsformentheoretischen Betrachtungen berücksichtigt hätte. So hatten alle einschlägigen Arbeiten über öffentlich-rechtliche Verträge gegen das »Odium« der Subjektion zu kämpfen, ein Hemmnis, das in

¹¹ Otto Mayer, *Justiz und Verwaltung*, S. 41.

seiner Grundsätzlichkeit trotz verdienstvoller Einzeluntersuchungen eine ausgesprochene Existenzbehinderung des öffentlich-rechtlichen Vertrages bildete und noch bildet. Die Unsicherheit, die auch heute noch im deutschen Verwaltungsrecht über die wahre Natur öffentlichrechtlicher Verträge herrscht, sei an einem abschließenden Beispiel kurz manifestiert: Wenn der Staat ohne das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage eine Subvention vergibt, so zögert man, wenn diese Vergabe in Form eines einseitig verbindlichen Ausspruches erfolgt, nicht daran, diese Maßnahme als VA, also als eine Anordnung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts zu bezeichnen. Schließt der Staat jedoch ohne eine solche Zuerkennung gleich einen Vertrag ab, der ganz dem zivilrechtlichen Darlehensvertrag entspricht, so sagt man, der Staat bediene sich zur Durchführung einer öffentlichen Aufgabe eines zivilrechtlichen Mittels. Läßt sich der Vertrag jedoch nicht unter eine der typischen Vertragsformen des Zivilrechts bringen, so leitet man (Ipsen, Imboden) die öffentlich-rechtliche Natur des Vertrages aus der Tatsache ab, daß der Vertrag der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben diene. Subjektions-, Rechtsformen- und Aufgabentheorie finden also nebeneinander Verwendung je nach der Lage des Einzelfalls.

So ist die Feststellung nicht übertrieben, daß die Klärung der Rechtsnatur des öffentlich-rechtlichen Vertrages hauptsächlich eine Frage der Klärung des Begriffes »öffentliches Recht« ist. Dabei bieten sich theoretisch vielerlei Wege an: Eine reine Aufgaben- (Interessen)theorie, eine Aufgabentheorie, gekoppelt mit einer Rechtsformentheorie, eine reine Rechtsformentheorie, eine Subjektionstheorie ect. Grundsätzlich lassen sich jedoch alle diese Theorien auf zwei Hauptmöglichkeiten zurückführen. Einmal kann man auf den tatsächlichen Inhalt einer vertraglichen Regelung abstellen, also die Rechtsnatur schon aus dem Inhalt des Vertrages selbst ablesen (Aufgabe, öffentliches Interesse, Nicht-Privatrechtskonformität), weiter kann man aber den Gegenstand der vertraglichen Regelung in seine Beziehung zu der gesetzlichen Rechtsordnung sehen, also auf die Begründung, Veränderung oder Aufhebung öffentlich- oder privatrechtlicher Rechte und Pflichten abstellen. Nur der letzte Weg erscheint in Deutschland gangbar, denn die Regelungsform »Vertrag« ist rechtsordnungsneutral und erlangt ihre rechtliche Ausfüllung erst durch den konkreten Inhalt. Die Rechtsnatur dieses Inhalts bemißt sich aber nach den Rechtsnormen. Unsere Auffassung vom öffentlichen Recht orientiert sich nicht an der Materie (d. i. die im öffentlichen Interesse erfolgende Verwaltungstätigkeit), sondern an der spezifisch sonderrechtlich ausgeprägten normativen Ordnung (Gesamtheit der Normen, die einem Hoheitsträger einseitig verbindliche Anordnungsbefugnisse einräumen und die in unmittelbarem Zusammenhang damit bestehenden Normen.)

Öffentlich-rechtlich ist ein Vertrag dann, wenn er die Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten betrifft, die gerade solche des öffentlichen Rechts sind. Dabei ist nicht zu verkennen, daß die Frage, wann eine Rechtsposition gerade dem öffentlichen Recht angehört, keineswegs für alle Fälle geklärt ist. Bei der Begründung einer modernen Lehre von den subjektiven Rechten (und Pflichten), die in einer Zeit, in der auch das Verwaltungsrecht immer mehr vom Anspruchsdenken erfaßt wird, doppelt aktuell erscheint, wird es sich zweifellos um »Juristenarbeit«

handeln, »die wieder einmal das Beste tun muß«¹¹. Aber gerade diese Erkenntnisse werden es dann sein, die dem öffentlich-rechtlichen Vertrag auch im deutschen Recht eine den Anforderungen der Praxis entsprechende, strukturell klare Einordnung in das System der öffentlich-rechtlichen Handlungsformen ermöglichen werden.

Schlußbemerkung

Am Schluß dieser Studie seien schließlich noch einige allgemeine Feststellungen getroffen zum Verhältnis Verwaltungsrecht — Zivilrecht im deutschen und französischen Recht, für das ja gerade der öffentlich-rechtliche Vertrag (und der *contrat administratif*) ein anschauliches Beispiel liefern. Im deutschen wie im französischen Recht stand einem jungen, sich rasch entwickelnden Verwaltungsrecht das wohlgeordnete, im wesentlichen schon auf das römische Recht zurückgehende und daher jahrtausendealte System des Privatrechts gegenüber. Es ist daher selbstverständlich, daß die Entwicklung des öffentlichen Rechts nicht ohne erhebliche Anleihen aus dem Privatrecht auskommen konnte¹².

Dennoch ist es frappierend, welch' grundsätzlich verschiedene Wege das französische und das deutsche Verwaltungsrecht in diesem Punkte gegangen sind — ein Unterschied, der hauptsächlich durch die verschiedene historische Entwicklung bestimmt war.

Zu einer Zeit, in der das Preuss. ALR in seinem Aufbau noch auf eine Unterscheidung Verwaltungsrecht — Zivilrecht verzichten konnte¹³, verstand der Staat in Frankreich schon weite Bereiche seiner Tätigkeit (die Bereiche der *travaux publics* und des *domaine public*) einer öffentlich-rechtlichen Sonderordnung zu unterstellen und nach der *tabula rasa* der Großen Revolution bildeten diese beiden Komplexe

¹² Dabei sei in diesem Zusammenhang nicht zuletzt auf Gerber, Laband, Jellinek und vor allem O. Mayer und Kormann hingewiesen, die zur Pandektenzeit mit der »Juristischen Methode« vertraut gemacht worden waren. Otto Mayer kann geradezu als »Erschaffer einer Lehre von den Rechtsformen der öffentlichen Verwaltung« bezeichnet werden und hatte selbst ausdrücklich betont (Vorwort in seinem »Verwaltungsrecht«): »Das öffentliche Recht ist in weitem Maße darauf angewiesen, Anleihen zu machen bei dem Zivilrecht und dessen Ausdrücke zu gebrauchen für seine entsprechenden Begriffe.« In seiner 1. Auflage verwendet O. Mayer noch weitgehend die Terminologie des Zivilrechts: Recht der besonderen Schuldverhältnisse, Recht der juristischen Personen, öffentliches Sachenrecht, ect. Kormann (System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte) stellte an die Seite des V.A.s das Privatrechtsgeschäft und Hatschek (Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts), S. 13 vermochte gar zu sagen, daß mit Ausnahme des Testaments jede Zivilrechtsfigur ihre Parallelerscheinung im öffentlichen Recht finden könne.

Es ist auch zu bedenken, daß die Entwicklung des Verwaltungsrechts von Richtern, Beamten etc. betrieben wurde, die ihrerseits noch ganz in zivilrechtlichen Denkkonstruktionen groß geworden waren.

Zum ganzen Fragenkreis vgl. Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht (1906) und für das französische Recht A. Hauriou, *L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé*, Rec. Gèny III 1934, 99.

¹³ Die mittelalterliche Anschauung ging von der Einartigkeit allen Rechts aus und gliederte sich nach sachlichen und personellen Kreisen auf (Landrecht, Lehnrecht, Dienstrecht, Stadtrecht, Hofrecht ect.),

zusammen mit der Polizeifunktion der Staatsgewalt den Grundstein für das System der »puissance publique«, das der Conseil d'Etat — im wesentlichen nur geleitet von der normativen Grundlage der Revolutionsgesetzgebung — in geradezu prätorischer Rechtsschöpfung abweichend von den zivilrechtlichen Formen (in denen der Staat in den *actes de gestion* handelte) Schritt für Schritt entwickelte¹⁴. Die Haftung öffentlich-rechtlicher Körperschaften (*responsabilité publique*), die Verleihung von Rechten hinsichtlich des *domaine public* und der *travaux publics* (*Concession de travail public, de service public etc.*) entstanden so weitgehend aus dem Nichts. Um 1830 war dieser Verselbständigungsprozeß so weit abgeschlossen, daß Alex de Tocqueville in einem Brief vom 10. Oktober 1831 schreiben konnte: »Vous savez que chez nous le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais que ne sont ni assez amis ni assez ennemis pour se bien connaître. J'ai toujours vécu dans l'un et suis fort ignorant de ce qui se passe dans l'autre«¹⁵.

Dabei erscheint mir wesentlich, daß das französische Verwaltungsrecht vor allem auf die Funktion der Verwaltungsbehandlung abstellte (*service public* — eine der Öffentlichkeit zugute kommende staatliche Handlung) eine Betrachtungsweise, die schon immer (vgl. die *actes de gestion*), in erhöhtem Maße aber nach dem *arrêt Terrier* von rechtsformtheoretischen Erwägungen ergänzt wurde, während man im deutschen Verwaltungsrecht an die Seite des Imperiumsträgers den Fiskus stellte, was zwar vom Rechtsschutzstandpunkt aus erstrebenswert war in einer Zeit, in der es noch keine verwaltungsgerichtliche Generalkausel gab¹⁶, was aber, wenn man sich schon für eine primäre Scheidungslinie zwischen öffentlichem und privatem Recht entschied, zu sehr undogmatischen Ergebnissen führte. Aus diesem Grunde erfolgte auch in Teil III dieser Studie die Anregung, den Begriff der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung wieder stärker ins Licht zu rücken, ein Vorschlag, der m.E. schon wegen der Aktualität der Grundrechte im Bereich der öffentlichen Verwaltung Beachtung finden sollte¹⁷. Das gilt umso mehr in einem Zeitpunkt, in dem der Begriff des öffentlichen Rechts sowohl in dem auf Rechtsbereichen aufbauenden französischen Verwaltungsrecht¹⁸ wie in dem auf Über- Unterordnung abstellenden deutschen Verwaltungsrecht — hauptsächlich auf Grund der gesteigerten und

nicht verlief eine primäre Trennungslinie zwischen öffentlichem und privatem Recht und schon gar nicht spaltete man den Bereich des öffentlichen Gewalt seinerseits wieder auf; vgl. E. Kaufmann, Art. Verwaltung: »Es ist daher charakteristisch, daß das ALR. seinem System ohne Schaden nicht den Gegensatz von öffentlichem und bürgerlichem Recht zugrunde legen konnte, sondern im großen Ganzen den diesen kreuzenden von Individualrecht und Sozialrecht.«

¹⁴ Eine ähnliche Entwicklung stellt übrigens Zanobini, *Corso di Diritto amministrativo* I, S. 40 (1954) für das italienische Recht fest.

¹⁵ Die Art der Entwicklung von den landesherrlichen Hoheitsrechten über den Polizeistaat zum Rechtsstaat hatte Otto Mayer dazu veranlaßt, in seinem Lehrbuch (Bd. I, §§ 3—5) eine entsprechende Dreigliederung vorzunehmen, die stark auf den Einfluß Hegels bei O. Mayer hinweist (Thesis, Synthesis, Antithesis), die aber, wenn sie schon im französischen Verwaltungsrecht mit Vorbehalten aufgenommen werden muß, bei der sich doch weitgehend kontinuierlich vollziehenden staatsrechtlichen Entwicklung in Deutschland nicht in dieser scharf abgegrenzten Aufgliederung aufrechterhalten werden kann (vgl. hierzu E. Kaufmann, *VerwArch.* Bd. 30, S. 381 in einer Würdigung der Persönlichkeit Otto Mayers).

veränderten Bedeutung der Leistungsfunktionen der modernen Verwaltung — ins Wanken geraten ist.

Doch eines steht jedenfalls fest: Bei aller Verschiedenheit der Entwicklung sind dem französischen wie dem deutschen Recht einige, sich über das Zivilrecht wie über das Verwaltungsrecht wölbende *Oberbegriffe*¹⁶ gemeinsam.

Eine solche allgemeine Rechtsform besteht im französischen Recht z. B. hinsichtlich des Haftungsrechts, was z. B. Chapus (*Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1954), S. 343 zu der Feststellung veranlaßt hat: »... la nature juridique de la responsabilité publique était la même que celle de la responsabilité privée.«

Wesentlich mit Aufgabe der vorstehenden Studie war es, auch für den Begriff des Vertrages eine solche allgemeine Rechtsformenqualität nachzuweisen. Im deutschen wie im französischen Recht gibt es einen allgemeinen, das Zivil- wie das Verwaltungsrecht umfassenden Vertragsbegriff, wobei sich die Rechtsqualität des Vertrages nach der Rechtsordnung bemißt, deren Normen durch diesen Vertrag im Einzelfall gestaltet wurden.

¹⁶ Vgl. hierzu Fleiner, *Institutionen*, S. 30 ff.; Hatschek, a. a. O. S. 3; Gygi, *Verwaltungsrecht und Privatrecht*, S. 22; Forsthoff, *Lehrbuch*, S. 99 und Anm. 1, S. 100. Über die so geschaffene »Einbruchsstelle« privatrechtlicher Normen in öffentlich-rechtliche Bereiche, vgl. vor allem Fleiner, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, der vor allem drei Komplexe nennt: Die auf Gönner und Perthes zurückgehenden »gemischten Rechtsverhältnisse«, die Einheitlichkeit vieler Rechtsverhältnisse und die anstaltsmäßigen Gewährungen.

¹⁷ Deutlich in diesem Sinne jetzt Maunz-Dürig, A. 136 zu Art. 1 GG., der von »materiell öffentlicher Verwaltung« spricht; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Behandlung des »Subsidiaritätsprinzips«, oben, S. 93.

¹⁸ Es war Zweck der obigen Ausführungen über die umstrittene Definition des *acte administratif*, die dies veranschaulichen sollten, vgl. oben, S. 37.

¹⁹ Das sind sog. »allgemeine Rechtsformen«; vgl. hierzu Gygi, a. a. O., S. 42.



INHALTSVERZEICHNIS

Einleitende Bemerkungen zur Rechtsvergleichung, insbes. zur Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht	9
--	---

TEIL I

Der öffentlich-rechtliche Vertrag im französischen Recht

I. Unterabteilung — Service Public	13
I. Die Stellung des service public in der französischen Verwaltungsrechtsdogmatik in Vergangenheit und Gegenwart	13
II. Die Grenzen der Zulässigkeit der Errichtung von services publics	18
1. Die allgemeinen Grundsätze bis zum Inkrafttreten der Verfassung der V. Republik	18
a) Staatliche services publics	18
b) Gebietskörperschaften	19
2. Der Einfluß der Verfassung der V. Republik auf diesen Rechtszustand	19
a) Allgemeines	19
b) Die Anwendung dieser Grundsätze auf den service public	20
III. Die Einteilung der services publics nach den wahrzunehmenden Funktionen	20
1. Die services publics administratifs	21
2. Die services publics industriels et commerciaux	21
3. Weitere services publics	24
II. Unterabteilung — Contrat administratif	24
A. Einführung	24
B. Öffentlich-rechtliche Verträge im formellen und materiellen Sinn	25
I. Öffentlich-rechtliche Verträge im formellen Sinn. Die contrats administratifs par détermination de la loi	25
1. Die contrats comportant occupation du domaine public	26
2. Die marchés des travaux publics	26
3. Die marchés de fournitures	26
4. Die marchés de transport	26
5. Offres de concours	27
6. Die contrats d'emprunt public	27
7. Veräußerung von staatlichem Grundvermögen	27
II. Die allgemeinen, von der Rechtssprechung entwickelten Vertragskriterien	27
1. Der öffentlich-rechtliche Vertragspartner	27
2. Die Beziehung zum service public	27
a) Verträge mit mittelbarer Beziehung zum service public	28
b) Die in unmittelbarer Beziehung zum service public stehenden Verträge	28
c) Die Ansicht von Marc Réglade	29

	Seite
3. Die clause exorbitante	29
III. Besondere Behandlung der Fälle, bei denen der Vertragspartner bei der Durchführung des service public beteiligt ist	31
IV. Die Untersuchung der wichtigsten Vertragsgattungen im Hinblick auf ihre Beziehung zum service public und auf clauses exorbitantes	32
1. Verträge, die in mittelbarer Beziehung zum service public stehen	32
2. Verträge in unmittelbarer Beziehung zum service public	33
a) Leistungsbeziehungen im Rahmen von services publics administratifs	33
b) Leistungsbeziehungen im Rahmen von services publics industriels et commerciaux	33
aa) Die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Industrien- genommenen; concession de service public	34
bb) Die Beziehungen zwischen service public industriel und commercial und Benutzern	35
III. Unterabteilung — Die Zulässigkeit und die Anwendung gesetzlicher Vor- schriften für öffentlich-rechtliche Verträge	36
I. Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge	36
II. Die Anwendung gesetzlicher Vorschriften auf öffentlich-rechtliche Ver- träge	37
IV. Unterabteilung — Der acte administratif als einseitig verpflichtende Rege- lungsbefugnis des öffentlichen Rechts	37
a) Der acte administratif in Vergangenheit und Gegenwart	37
b) Der acte-condition	40
T E I L II	
Der öffentlich-rechtliche Vertrag im spanischen Recht	
I. Der contrato administrativo	41
II. Der acto administrativo im spanischen Recht	42
T E I L III	
Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen Recht	
A. Zulässigkeit und Definition öffentlich-rechtlicher Verträge	45
I. Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge	45
1. Umfassende Ablehnung des öffentlich-rechtlichen Vertrages	45
2. Die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages bejahenden Ansichten	46
II. Definition und Wesen öffentlich-rechtlicher Verträge	50
1. Öffentlich-rechtlicher Vertrag und hoheitliche Anordnung	51
2. Die verpflichtende Kraft des öffentlich-rechtlichen Vertrages	52
3. Öffentlich-rechtlicher Vertrag und privatrechtlicher Vertrag	53
4. Die Gleichwertigkeit der Parteistellungen in praktischer Sicht	55

	Seite
B. Die Anwendung materieller und formeller Vertragsnormen auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag	56
I. Die Anwendung materieller Vertragsnormen	56
1. Der Vertragsschluß	56
a) Öffentlich-rechtliche Vertragsnormen	56
aa) Zuständigkeit der Behörde	56
bb) Die Verpflichtung des Vertragspartners auf der Behörden- seite	57
cc) Vereinbarung und Gesamttakt	58
dd) Form	60
ee) Besondere Anforderungen für die Form der behördlichen Willensbildung	60
ff) Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge	60
gg) Behördlicher Genehmigungsakt	60
b) Privatrechtliche Vertragsnormen	61
aa) Vorschriften über Willensmängel	62
bb) Rechts- und Geschäftsfähigkeit der beteiligten Privat- personen	63
cc) Fehlerhaftigkeit des Vertrags	63
2. Die Vertragsdurchführung	63
a) Normale Vertragsdurchführung. Erfüllung und Erfüllungssurro- gate	64
b) Die anormale Vertragsdurchführung	65
aa) Die clausula rebus sic stantibus	65
bb) Die Verwirkung	66
II. Die Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften auf den öffentlich- rechtlichen Vertrag	66
1. Rechtsweg und Klageform	66
2. Vollstreckung	67
C. Stellungnahme zu den Problemen der Definition und der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages im deutschen Recht	69
I. Die Bedeutung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für die verwaltungsrechtlichen Handlungsformen	70
1. Öffentliche Verwaltung	71
a) Definition	71
b) Die unmittelbare öffentliche Verwaltung	76
c) Verwaltungshandlungen, die nur mittelbar dem öffentlichen Interesse dienen	77
2. Eingriff- und Leistungsverwaltung	78
a) Geschichtliche Entwicklung	78

	Seite
b) Eingriffs- und Leistungsverwaltung, Daseinsvorsorge nach der h. L. und der Ansicht Beckers	83
c) Ergebnis und eigene Stellungnahme	85
3. Die Unterscheidung von Aufgaben und Befugnissen	89
4. Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im einzelnen	90
a) Die Zulässigkeit der Aufgabenwahrnehmung	92
b) Die Zulässigkeit der Befugnisausübung	95
1. Unmittelbare öffentliche Verwaltung	95
aa) Die Verwaltung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung	95
bb) Die weiteren Bereiche der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung (Leistungsverwaltung im herkömmlichen Sinn)	98
Die Anwendung liberal-rechtsstaatlicher Erkenntnisse	99
Die Anwendung sozialstaatlicher Erkenntnisse	100
Gewaltenteilungsprinzip und Haushaltsermächtigung	102
Sekundäre Rechtsstaatsschranken	104
cc) Die Befugnis zur Formenauswechslung bei der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung	104
2. Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bei der mittelbaren Verwaltung	105
Zusammenfassung hinsichtlich des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	106
1. Unmittelbar öffentliche Verwaltung	106
2. Mittelbare öffentliche Verwaltung	107
II. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	107
Anhang	110
Subordinationsrecht und Koordinationsrecht	113
III. Definition und Wesen des öffentlich-rechtlichen Vertrages	114
IV. Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge	117
1. Koordinationsrechtliche Verträge	117
2. Subordinationsrechtliche Verträge	117
a) Auf dem Gebiete des Sicherheitsrechts	117
b) Auf dem Gebiete der Leistungsverwaltung	118
c) Bei der mittelbar öffentlichen Verwaltung	119
aa) Die persönliche Leistungsbeschaffung	119
1. Völlige Eingliederung in eine Verwaltungsorganisation	119
2. Teilweise Eingliederung in eine Verwaltungsorganisation	120
bb) Die Beschaffung von Sachen	120

TEIL IV

Rechtsvergleichender Überblick	122
--	-----

LITERATURVERZEICHNIS

1. Deutschsprachige Literatur

- Apelt Willibald* Der Verwaltungsrechtliche Vertrag (Leipzig, 1920)
Der Verwaltungsrechtliche Vertrag AöR 84, S. 249—273
- Bachof Otto* Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts,
AöR 83, S. 208—279
Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer
Amtshandlung (Tübingen, 1951)
VA und innerdienstliche Weisung, Festschrift für Laforet,
S. 285—316 (München, 1952)
Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats,
VVDStRL 12 (1954) S. 37—84
Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen
Recht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 287—307
(1955)
Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht, gelöste und unge-
löste Probleme, DOV 1953, S. 417
- Becker Erich* Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung,
VVDStRL 14 (1956) S. 96—135
Stand und Aufgaben der Verwaltungswissenschaft, Fest-
schrift für Giese, S. 9—60 (Frankfurt 1953)
- Ballerstedt Kurt* Wirtschaftsverfassungsrecht in: Die Grundrechte, III, 1
(Berlin, 1958)
Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, Festschrift für
Schmidt-Rimpler, S. 369—402 (1957)
Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR 74, S. 129 ff
Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DOV 1951,
S. 159 ff
- Boehmer Gustav* Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. I
(Tübingen, 1950)
- Binding Karl* Die Gründung des norddeutschen Bundes (Leipzig, 1889)
- Balser Heinrich* Öffentlicher Dienst privater Betriebe, Festschrift für List,
S. 172—203 (Baden Baden, 1957)
- Baechi* VA auf Unterwerfung, zweiseitiger VA oder Vertrag,
Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. XIV (1934, S. 62 ff)

- Buddeberg* Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages, AöR 8 n. F., S. 85—161
- Blaum Kurt* Öffentliche Verwaltung und wirtschaftliche Unternehmen, DVBl. 1958, S. 666—670
- Burckhardt Walter* Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, Festgabe für das Bundesgericht, S. 1 ff (1924)
- Böhm Franz* Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (Tübingen 1950)
- Bühler Ottmar* Die subjektiv öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung (Berlin, 1914)
Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiv öffentlichen Rechte, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 269—286 (1955)
Steuerrecht, Bd. I (Berlin, 1953)
- Dürig Günter* Grundrechte und Zivilrechtssprechung, Festschrift für Nawiasky, S. 157—190 (München, 1956)
Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S. 193—199
- Echterhölder Rudolf* Die verfassungsmäßige Ordnung der fünften französischen Republik, AöR 84, S. 330—358
- Eichner Ernst* Die Rechtsgrundlagen der Präventivpolizei, insbesondere der Präventivpolizeihaft nach der bayer. Rechtsentwicklung (München, 1927)
- Eyermann-Fröhler* Kommentar zum VGG (2. Aufl. München, 1954)
- Enneccerus-Nipperdey* Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. Allgemeiner Teil, 14. Bearbeitung von Nipperdey (Tübingen, 1951, 1954)
- Forsthoff Ernst* Die Verwaltung als Leistungsträger (Stuttgart und Berlin, 1938)
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl. (München und Berlin, 1958) zitiert: Verwaltungsrecht bzw. Lehrbuch Verfassungsprobleme des Sozialstaats (Münster, 1954)
Die Daseinsvorsorge der Kommunen (Köln, 1958)
Rechtsprobleme der leistenden Verwaltung (Stuttgart, 1959)
Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats VVDStRL 12 (1954) S. 8—36

<i>Fechner Erich</i>	Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat (Tübingen, 1953) Rechtsphilosophie (Tübingen, 1956)
<i>Fleiner Fritz</i>	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts (8. Aufl., 1928)
<i>Fischerhof Hans</i>	Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957 S. 305—316
<i>Friesenhahn Ernst</i>	Grundgesetz und Energiewirtschaft, ElW 1957 S. 13 ff.
<i>Fuß Ernst</i>	Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger, DVBl. 1958, S. 739 ff.
<i>Fischbach Oskar Georg</i>	Bundesbeamtengesetz, (Köln und Berlin, 1954)
<i>Fees</i>	Bayerisches Beamtengesetz (München, 1955)
<i>Grätzer P.</i>	Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlich-rechtlichen Vertrag (Diss., Zürich, 1953)
<i>Garrido Falla</i>	Das neue spanische Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verw. Arch. 49, S. 158—177
<i>Gerber Hans</i>	Die Sozialstaatserklärung des Grundgesetzes, AöR 81, S. 1 ff.
<i>Gierke Otto von</i>	Die Grundbegriffe des Staatsrechts, Sonderdruck aus der ZGesStW (1874, Heft 1 und 2)
<i>Gygi F.</i>	Verwaltungsrecht und Privatrecht (1956)
<i>Giacometti Zaccaria</i>	Über die Grenzziehung von Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten (1924)
<i>Haueisen</i>	Die Rechtsgrundlage der Vollstreckung des Verwaltungsakts, NJW 1956 S. 1457—1460
<i>Hamann Andreas</i>	Das Grundgesetz Kommentar (Berlin, 1956) Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht (Berlin, 1958) Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, (Berlin, 1953)
<i>Huber Ernst Rudolf</i>	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bände (2. Aufl., Tübingen 1954) Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 97—102, S. 135—143, S. 172—175, S. 200—207 Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich, (1930)
<i>Helmreich-Widtmann</i>	Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar (2. Aufl., München 1959)

<i>Heller Hermann</i>	Rechtsstaat oder Diktatur? (Tübingen, 1930)
<i>Huber Hans</i>	Der Niedergang des Rechts und die Krise des Rechtsstaats, Festschrift für Giacometti (Zürich, 1953)
<i>Husserl</i>	Rechtskraft und Rechtsgeltung (1925)
<i>Humboldt, Wilhelm v.</i>	Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates (Nürnberg, 1946)
<i>Heyland</i>	Deutsches Beamtenrecht (1938)
<i>Imboden, Max</i>	Der verwaltungsrechtliche Vertrag (Basel, 1958) zitiert: Imboden Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung (Basel, 1954) zitiert: Gesetz Die Staatsformen (Basel, 1959)
<i>Ipsen Hans Peter</i>	Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, Festschrift für Erich Kaufmann, S. 141—161 (Stuttgart und Köln, 1950) Öffentliche Subventionierung Privater (Berlin und Köln, 1956)
<i>Isay Rudolph</i>	Die juristische Technik der Wirtschaftslenkung, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 403 ff. (Karlsruhe, 1957)
<i>Jellinek Georg</i>	System der subjektiven öffentlichen Rechte (2.Aufl. Tübingen, 1919)
<i>Jellinek Walter</i>	Verwaltungsrecht (3. Aufl., Berlin 1931, Neudruck 1948) Zweiseitiger VA und VA auf Unterwerfung, Festgabe für das Preuß. OVG (1925)
<i>Jedlicka F.</i>	Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht (Diss. Zürich, 1928)
<i>Kaufmann Erich</i>	Verwaltung, Verwaltungsrecht in: Stengl-Fleischmanns Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts Bd. 3 S. 688—718 (Tübingen, 1914) Grundrechte und Wohlfahrtsstaat, RStW Bd. 4, S. 77 ff.
<i>Kägi Werner</i>	Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates (Zürich, 1945)
<i>Kutsch und von Krakewitz</i>	Übernahme des Begriffs „Service public“ ins Deutsche Recht? AöR 79, S. 431—455

<i>Klein Friedrich</i>	Tragweite der Generalklausel im Art. 19/IV des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8, S. 67—125
	Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat. Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, Bd. 12 (1952)
<i>Krause Hermann</i>	Der verteilende Staat, Festschrift für Giesecke (Karlsruhe, 1958)
	Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil, Festschrift für Hueck, S. 413 ff. (1959)
<i>Kuntze</i>	Der Gesamttakt, Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Leipzig für Müller, S. 29 ff. (Leipzig, 1892)
<i>Köttgen Arnold</i>	Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt VVDStRL 6, S. 105 ff.
	Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung DVBl. 1957 S. 441—446
<i>Krüger Herbert</i>	Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955 S. 380—387
<i>Kormann Karl</i>	System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte (Berlin, 1910)
<i>Kohl R.</i>	Die Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Verwaltungsrecht (Diss. Freiburg, 1934)
<i>Kelsen</i>	Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, AöR 53
<i>Kellerhals P.</i>	Der öffentlich-rechtliche Vertrag, insbesondere die Anwendung von Zivilrecht auf dessen Vertragsabschluß (Diss. Basel, 1948)
<i>Loschelder und Klüber</i>	Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1957 S. 819—832
<i>List Friedrich</i>	Verwaltungsrecht technischer Betriebe (2. Aufl. Wiesbaden 1952)
<i>Layer</i>	Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag (1916)
<i>Landmann Giers Proksch.</i>	Verwaltungsrecht, Ksolls juristische Kurzlehrbücher, Bd. 12 (Düsseldorf, 1957)
<i>Laband Paul</i>	Staatsrecht des Deutschen Reiches (5. Aufl. 1911)
<i>Lücking</i>	Die Grundlagen der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (1955)
<i>v. Mangolt-Klein</i>	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar (Berlin und Frankfurt, 1957)

- Maunz Theodor* Deutsches Staatsrecht (9. Aufl. München und Berlin, 1959)
Rechtsprobleme im Energiewirtschaftsrecht, Gutachten (Heidelberg, 1958)
zitiert: Gutachten
Gesetzgebung und Verwaltung in den deutschen Verfassungen, Festschrift für Nawiasky, S. 255 — 258 (München, 1956)
- Maunz — Dürig* Grundgesetz, Kommentar (München, 1957)
- Mayer Otto* Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde. (3. Aufl. München und Leipzig, 1924)
Theorie des französischen Verwaltungsrechts (1886)
Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, AöR 3 (1888), S. 1 — 86
- Menger Christian Fr.* Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 387 — 392 und S. 518 — 524
Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz (Tübingen, 1953)
Das Gesetz als Norm und Maßnahme VVDStRL Bd. 15, S. 1 — 34
System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (Tübingen, 1954)
- Molitor Erich* Über öffentliches Recht und Privatrecht (Karlsruhe, 1949)
- Mohl Robert von* Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats (3. Aufl. 1866)
- Nebinger Robert* Verwaltungsrecht (Stuttgart, 1949)
- Neumann Peter* Wirtschaftslenkende Verwaltung (Stuttgart, 1959)
- Oeschger* Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag (Diss. H. H. St. Gallen, 1954)
- Oftinger K.* Die Vertragsfreiheit, in:
Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht (1948), S. 315 ff.
- Peters Hans* Lehrbuch der Verwaltung (Berlin, 1949)
Der Kampf um den Verwaltungsstaat, Festgabe für Laforet, S. 19 — 36 (München, 1952)

<i>Platz Karlheinz</i>	Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Urteile (Diss. Mainz, 1958)
<i>Palandt</i>	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (15. Aufl. München, 1956)
<i>Rupp Hans Heinrich</i>	Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl. 1958, S. 113 — 120
<i>Reinhard Rudolph</i>	Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, Festschrift für Hueck, S. 439 ff. (1959)
<i>Rings W.</i>	Verwaltungsmonopole und Art. 12 GG NJW 1957, S. 657 ff.
<i>Reuss Hermann</i>	Freiheit und Bindung der Verwaltung im Rechtsstaat, DVBl. 1959, S. 533 ff.
<i>Rössler</i>	Der öffentlich-rechtliche Vertrag, Verwaltungspraxis, 1956, S. 275 ff.
<i>Reinach</i>	Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung, Bd. I, 2. Teil (1913)
<i>Reusch W.</i>	Der Vertrag im Verwaltungsrecht (Diss. Frankfurt, 1929)
<i>Stern Klaus</i>	Schlichte Verwaltungsäußerungen, BayVerwBl. 1957, S. 86 ff. Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrags, VerwArch 49, S. 106 — 157, zitiert: Stern Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags, AöR 84, S. 273 — 330
<i>Schnur Roman</i>	Die Krise des Begriffs der „services publics“ im französischen Verwaltungsrecht, AöR 79, S. 418 — 430
<i>Stich</i>	Die Verwirkung im öffentlichen Recht, DVBl. 1959 S. 234 ff.
<i>Salzwedel Jürgen</i>	Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages (Berlin, 1958)
<i>Schick Walter</i>	Rechtsprobleme des Energiewirtschaftsrechts (Diss. München, 1959)
<i>Seydel Max von</i>	Grundzüge der allgemeinen Staatslehre (Würzburg, 1873)
<i>Schoen Paul</i>	Deutsches Verwaltungsrecht in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 4 (1914)

<i>Schunck-de Clerk</i>	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (Siegburg, 1953)
<i>Siebert Wolfgang</i>	Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Niedermeyer, S. 213 — 247 (Göttingen, 1953)
<i>Stein Lorenz von</i>	Die Verwaltungslehre (Stuttgart, 1869)
<i>Surén-Loschelder</i>	Die deutsche Gemeindeordnung, Kommentar (Berlin, 1940)
<i>Schack Friedrich</i>	„Analogie“ und „Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken“ bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts, Festschrift für Laun (1947, S. 275 — 294)
	Die Verlagerung der Gesetzgebung im gewaltenteilenden Staat (1950) S. 332 ff.
<i>Schmitt Carl</i>	Verfassungslehre (3. Aufl. Berlin, 1937)
<i>Steffen</i>	Der öffentlich-rechtliche Vertrag (1938)
<i>Seidel H.</i>	Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag (Breslau, Diss. 1927)
<i>Thoma Richard</i>	Der Polizeibefehl im Badischen Recht (Tübingen, 1906)
	Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, Jahrb. d. öffentl. Rechts, 1910 S. 196 — 218 (Tübingen)
	Der Vorbehalt des Gesetzes im Preuß. Verfassungsrecht, Festgabe für Otto Mayer (1916) S. 165 ff.
	HdbDStR, Bd. II, S. 221 ff. (1932)
<i>Turegg Kurt Egon, Frhr. von</i>	Lehrbuch des Verwaltungsrechts (3. Aufl. Berlin, 1956)
<i>Torz Robert</i>	Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DÖV 1958, S. 208 ff.
<i>Ule Carl Hermann</i>	Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge 1957, S. 156 ff. zitiert: Speyerer Beiträge
<i>Vogel Klaus</i>	Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand (Hamburg, 1959)
<i>Wolff Hans Julius</i>	Verwaltungsrecht (3. Aufl. München, 1959)
	Öffentliches Recht und privates Recht, AöR 74 S. 205 ff.
<i>Werner Fritz</i>	Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 527 ff.

2. Fremdsprachige Literatur

<i>Alessi</i>	Sistema istituzionale del Diritto amministrativo (1958)
<i>Berton</i>	Les ordres professionnels (Diss. Paris, 1951)
<i>Bérthelemy</i>	Traité de droit administratif (13. Aufl. 1933; Paris)
<i>Burdeau</i>	Traité de science politique, 2 Bde. (Paris, 1956)
<i>Corail de</i>	La crise de la notion juridique de service public (Paris, 1954)
<i>Capitant</i>	Vocabulaire juridique (Paris, 1931)
<i>Chavanon</i>	Essai sur la notion et le régime juridique des services publics industriels et commerciaux (Diss. Bordeaux, 1939)
<i>Charlier</i>	Jurisclasseur Periodique, 1955, Nr. 1220
<i>Comte</i>	Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public (Diss. Paris 1934)
<i>Couzinet</i>	La crise de la notion juridique de service public en droit administratif, Vorwort zu dem Werk von de Corail
<i>Chenot</i>	La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, C. E. Etudes et documents 1950, S. 77 ff
<i>Duguit</i>	Traité du droit constitutionnel 5 Bde. (3. Aufl., Paris, 1927)
<i>David</i>	Traité élémentaire de Droit civil comparé (Paris, 1950)
<i>Dalloz</i>	Encyclopédie Juridique, Droit Administratif (Paris, 1959)
<i>Eisenmann</i>	Droit public, droit privé, RDP 1952, Nr. 4 Régime de droit public et régime de droit privé (Cours de droit approfondi, Paris, 1955)
<i>Etudes</i>	Etudes de Droit contemporain, Paris, 1959 (Aufsätze von de Laubadère und Charlier)
<i>Garrido Falla</i>	Las Transformaciones del Regimen Administrativo (Madrid, 1954)
<i>Garcia de Enterría</i>	La configuración del recurso de lesividad
<i>Gascon y Marin</i>	Tratado del Derecho administrativo, 2 Bde. (2. Aufl. 1952—1955)
<i>Hauriou Maurice</i>	Précis de droit administratif (12. Aufl. 1933) La gestion

- Jèze Gaston* Les Principes généraux du droit administratif (3. Aufl. 1925—1936)
Théorie générale des contrats de l'administration, 3 Bd.e (Paris, 1934—1936)
- Laroque Pierre* Les usagers des services publics industriels (Diss. Paris, 1933)
- Laubadère André de* Traité théorique et pratique des contrats administratifs (Paris, 1956), 3 Bd.e
zitiert de Laubadère, Co.
Traité élémentaire de Droit Administratif (Paris, 1952)
zitiert: D.A.
Cours des Grands Services Publics et Entreprises Nationalisées (Paris, 1959)
Manuel de droit administratif (4. Aufl. Paris, 1955)
Réflexions sur la crise du droit administratif français, D. 1952 Chronique II
Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, RDP 1954
- Lop* Essai sur la notion de service public en droit administratif français (Diss. Grenoble, 1950)
- Laferrière* Traité de la Jurisdiction administrative, 2 Bd.e (2. Aufl. 1888—1896)
- Montesquieu* Oeuvres complètes, La Pléiade, (Paris, 1949/51), De l'esprit des lois
- Péquignot* Contribution à la théorie générale des contrats de l'administration (Montpellier, 1945)
Contrats administratifs, Jurisclasseur administratif, Heft 500, 505, 510, 511 und 515 (1954)
- Romieu* Conclusion zum arrêt Terrier, D. 1903, 3, 25
- Réglade Marc* De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des autorités administratives et judiciaires. RDP 1924, S. 191 ff
- Rivero* Existe-t-il un critère de droit administratif? RDP 1953, S. 279 ff
Cours de droit administratif comparé (Paris, 1956—57)

- Rossillon* Les entreprises publiques et la notion de service public industriel ou commercial, *Actualité juridique* v. 20. Juli 1956
- Retordillo* La institucion contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes (Sevilla, 1960)
- Ripert* Le déclin du droit (Paris, 1949)
- Royo-Villanova* Elementos de derecho administrativo, 2 Bd.e (24. Aufl. 1955)
- Rolland* Précis de droit administratif (10. Aufl. 1957)
- Santi Romano* L'ordinamento giuridico (1951)
- Vedel* Droit administratif, 2 Bd.e (Paris, 1958—1959)
Le régime des biens des entreprises nationalisées, *Cahiers juridiques* (1956)
Etudes et Documents du Conseil d'Etat (1954)
- Waline Marcel* Traité élémentaire de Droit Administratif (6. Aufl. Paris)
D. 1931, 1, 85; 3, 33
Vicissitudes récentes de la notion juridique de service public, *Révue administrative*, 1948, S. 23
- Zwahlen* Le contrat de droit administratif (Basel, 1958)

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

aaO.	anderer Ansicht
a. A.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AöR.	Archiv für öffentliches Recht
Arch. civ. Prax.	Archiv für zivilistische Praxis
Arch. Phil. Dr.	Archives de philosophie de droit
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BV	Bayerische Verfassung
Bayer. Verf. GH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bayer. VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Bayer. Verw. Bl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BGH	Bundesgerichtshof
BGBI	Bundesgesetzblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BSG	Bundessozialgericht
BVGO	Bundesverwaltungsgerichtsordnung
BezO	Bezirksordnung
BVerwGG	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
BB	Betriebsberater
CE	Conseil d'Etat und amtliche Sammlung der Entscheidungen des Conseil d'Etat
D	Dalloz, Recueil de doctrine, jurisprudence et législation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebda.	ebenda
ElW	Elektrizitätswirtschaft
HandWO	Handwerksordnung
HbdDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
Jahrb. d. öffentl. Rechts	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JCP	Jurisclesseur Périodique
JCA	Jurisclesseur Administrative
JZ	Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
KrO	Kreisordnung
LVG	Landesverwaltungsgesetz
LStVG	Landesstraß- und Verordnungsgesetz
Lehrb.	Lehrbuch

MRVO Nr. 165	Militär-Rechtsverordnung Nr. 165
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
Preuß. OVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
Preuß. Pol. Verw. Ges.	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
Pr. VBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
PAG	Polizeiaufgabengesetz
RAP	Revista administrativa publica
RDP	Révue de Droit Public
RPDA	Revue pratique de droit administratif
Rev. adm.	Revue administrative
RG	Reichsgericht
Rspr.	Rechtssprechung
S	Sirey, Recueil général des lois et arrêts
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staats- rechtslehrer
VO	Verordnung
VGH	(Bayerischer) Verwaltungsgerichtshof
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz
VGG Rh. Pf.	Verwaltungsgerichtsgesetz von Rheinland-Pfalz
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv
WbdStuVR	Stengl-Fleischmanns Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts
ZGes. StW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

LEBENS LAUF

Als Sohn des damaligen Landrats DR. KARL BEINHARDT und seiner Gemahlin Amalie wurde ich am 3. Juli 1935 in Nürnberg geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule in Aichach Obb. in den Jahren 1941 bis 1945 trat ich im Februar 1946 in die Oberrealschule in Augsburg ein und wechselte 1950 in die Klenze-Oberrealschule in München über, wo ich im Juli 1954 die Reifeprüfung ablegte.

Anschließend erwarb ich im Sprachen- und Dolmetscher-Institut in München das Diplom für einen Wirtschaftskorrespondenten in der spanischen Sprache, studierte acht Semester Rechtswissenschaft und schloß dieses Studium im Januar 1959 mit der Referendarprüfung ab.

Während meiner Ausbildungszeit als Rechtsreferendar studierte ich einige Semester Volkswirtschaft an der Universität München und erwarb anläßlich eines Lehrganges der Internationalen rechtsvergleichenden Universität in Luxemburg im Herbst 1960 ein Diplom für Rechtsvergleichung.



